DAS
EINSPRUCHSRECHT DER VERWALTUNGSBEHÖRDE
IM § 61 B.G.B.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

FRIEDR. KIND, REFERENDAR

BREMEN.

BREMEN.

DRUCK VON J. D. PRÖHL

1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0183

DAS
EINSPRUCHSRECHT DER VERWALTUNGSBEHÖRDE
IM § 61 B.G.B.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

FRIEDR. KIND, REFERENDAR
BREMEN.

BREMEN.
DRUCK VON J. D. PRÖHL
1901.

MEINEM VATER

ZUGEEIGNET.

Inhalt.

Einleitung.

A. Die juristische Natur des Einspruchsrechts.

I. Das Wesen der Thätigkeit des Registerrichters und der Verwaltungsbehörde § 1.

II. Die juristische Konstruktion des Einspruchsrechts § 2.

B. Die Voraussetzungen des Einspruchsrechts.

I. Die formellen Voraussetzungen.

1. Die Zulassung eines angemeldeten Vereins zum Vereinsregister § 3.
2. Die Einspruchsfrist § 4.

II. Die materiellen Voraussetzungen.

1. Einleitende Vorbemerkungen § 5.
2. Das Einspruchsrecht bei den unerlaubten und verbietbaren Vereinen.
   a. Das öffentliche Vereinsrecht § 6.
   b. Die unerlaubten und verbietbaren Verine § 7.
3. Das Einspruchsrecht bei Vereinen mit politischen, socialpolitischen oder religiösen Zwecken.
   a. Im allgemeinen § 8.
   b. Im besonderen § 9.

III. Die Ausübung des Einspruchsrechts § 10.

C. Die Anfechtung des Einspruchsrechts § 11.

Litteratur.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Abteilung, Breslau 1898.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898, Heymann'sche Ausg.

Bornhak, Das Verwaltungsrecht in Preussen unter der Herrschaft des BGB., Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Aufl., Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 6. Aufl., Berlin 1900.

Dorner. Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898, erläutert, Karlsruhe 1899.

Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. in der Fassung der Reichstagsvorlage, 1. Heft, Berlin 1896.

„ Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs, 1. Lieferung, 2. Aufl., Berlin 1898.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs, 1. Bd., 3. u. 4. Aufl., Berlin 1898.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht, Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1. Bd., Marburg 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 3. Aufl., München 1899.

Fuld, Die Stellung der juristischen Personen im zweiten Entwurfe eines BGB., Archiv für die zivilistische Praxis, 85. Bd., S. 134 ff.

Gareis, Der allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.

Hachenburg, Das BGB. für das deutsche Reich, Vorträge, Mannheim 1897.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB., München 1900.

„ Der allgemeine Teil des deutschen Zivilgesetzentwurfs zweiter Lesung, Archiv für die zivilistische Praxis, 80. Bd., S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 1. Teil, 1. Hälfte, Berlin 1898.

Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Tübingen, 3. Aufl., 1895.

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.

„ „Sind die Grundsätze des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs zweiter Lesung über eingetragene Vereine zu billigen?“ Ein Gutachten für den 23. Juristentag 1895. (Verh. des 23. deutsch. Juristentages, 1. Bd., S. 249 ff.)

Loening, Edgar, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884

Matthiass, Lehrbuch des bürgerl Rechts, 1. Bd., 3. Aufl., Berlin 1900.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., Leipzig 1895.

Meier, Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Bd , Leipzig 1893.

Meisner, Der allgemeine Teil des BGB., Breslau 1898.

Oesterley, Versuche aus dem Gebiete der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, Hannover 1830.

v. d. Pfordten, Das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörden gegen die Eintragung idealer Vereine, Blätter für administrative Praxis, 48. Bd., S. 389 ff.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., Berlin, Guttentag, 1. Bd. 1897; 6. Bd. 1899.

Rausnitz, Der Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Vortrag, gehalten im Berliner Anwaltsverein, Berlin 1898.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, 1. Bd., Berlin 1899.

Riedel, Die Gestaltung der juristischen Personen im BGB., Berlin 1897.

Schepp, Das öffentliche Recht im BGB., Freiburg i. B. 1899.

Schultze-Görlitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17./20. Mai 1898, erläutert, Berlin 1900.

v. Staudinger, Das Vereinsrecht nach d. BGB., Erlangen 1897.

„ Vorträge aus dem Gebiete des BGB., München 1900.

v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1886.

Szkolny-Caro, BGB. für das deutsche Reich, erläutert, 1. Lieferung, Berlin 1898.

Verhandlungen des 23. deutschen Juristentages 1895, Berlin, Guttentag.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Bd., Leipzig 1885.

Zeller, Das Recht der Vereine im BGB., Archiv für öffentliches Recht, 12. Bd., S. 241 ff.

„ Das Verwaltungsstreitverfahren bei Einspruch gegen die Eintragung von Vereinen in den §§ 62 ff. des BGB., Verwaltungsarchiv, 6. Bd., S. 27 ff.

Einleitung.

Mit der Anerkennung des Menschen als Person durch die Rechtsordnung ist auch sein Recht auf persönliche Freiheit und damit sein Recht, sich mit anderen Menschen zu Vereinen zusammenzuthun, anerkannt. Dieses Recht kann dem Menschen als solches nicht genommen, wohl aber seiner Ausübung nach beschränkt werden, wie dies denn auch durch die positive Rechtsordnung thatsächlich geschehen ist. Es handelt sich hier um die Frage, ob ein Verein erlaubt oder unerlaubt sein solle, und die Rechtsnormen, die diese Frage regeln und dem Staate ein Aufsichtsrecht über die bestehenden Vereine geben, pflegt man als das „Vereinsrecht" schlechthin zu bezeichnen. Es ist durchaus öffentlich rechtlicher Natur und wird deshalb auch vom BGB. grundsätzlich nicht berührt. Bei den Beratungen im Reichstage ist dies ausdrücklich anerkannt worden. (Bericht der RTK. S. 20).

Von der eben bezeichneten Frage streng zu scheiden ist eine andere, die erst akut wird, sobald ein Verein sich gebildet hat, ob nämlich ein Verein rechtsfähig sein solle oder nicht. Bei der Frage der Rechtsfähigkeit der Vereine soll es sich aber an dieser Stelle nicht um die vielbestrittenen Theorien über die rechtliche Natur der juristischen Personen handeln. Gleichgültig ist es hier, ob man das fingierte Rechtssubjekt Jherings

oder die reale Verbandspersönlichkeit Gierkes verteidigen will. Es soll sich vielmehr um die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit austeilt, und um die Stellung des Staates, die ihm von der Rechtsordnung bei der Erlangung der Rechtsfähigkeit der Vereine eingeräumt ist, handeln.

Drei Systeme hat man aufgestellt, nach denen die Rechtsfähigkeit erworben zu werden pflegt: Das System der freien Körperschaftsbildung, das Konzessionssystem und das System der Normativbestimmungen. Betrachtet man diese drei Systeme unter dem Gesichtspunkte der staatlichen Beteiligung, so ist bei dem ersten Systeme der Staat garnicht beteiligt. Das BGB. ist ihm nicht günstig gewesen. So sehr man Gierke danken kann, dass er als unermüdlicher Vorkämpfer für die Aufnahme deutschrechtlicher Gedanken in das BGB. thätig war, so wenig kann man es den Regierungen verdenken, wenn sie von dem von Gierke empfohlenen System der freien Körperschaftsbildung nichts wissen wollten. Der Staat kann der Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Vereine nicht gleichgültig zusehen. Dass es Vereine gebe, die mit dem Staatswohl nichts weniger als harmonieren, wird nicht bestritten werden können und ebensowenig, dass der Wirksamkeit solcher Vereine nicht noch durch ihre Anerkennung als Rechtssubjekte, wodurch ihnen die Ansammlung grosser Vermögen erleichtert wird, Vorschub geleistet werden dürfe. Bei den beiden anderen Systemen ist der Staat dagegen beteiligt, doch grundsätzlich in verschiedener Weise. Beim System der Normativbestimmungen haben die Vereinsmitglieder einen Rechtsanspruch darauf, dass der Verein bei der Erfüllung gewisser formaler gesetzlicher Erfordernisse die Rechtsfähigkeit erlange, vorausgesetzt, dass der Begründungsvertrag gültig ist; beim Konzessionssystem dagegen ist die Gewährung der Rechtsfähigkeit vollkommen in das Ermessen des Staates gestellt. Das BGB. (§§ 22/3) hat sich für die wirtschaftlichen und diejenigen nicht wirtschaftlichen sog. „idealen“ Vereine, die ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, dem

Konzessionssysteme angeschlossen, während es bei den Vereinen mit idealen Zwecken im übrigen grundsätzlich dem System der Normativbestimmungen gefolgt ist, allerdings mit einer Modifikation von der weittragendsten Bedeutung; denn nach § 61 Abs. 2 BGB. hat die Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister ein Einspruchsrecht, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrechte unerlaubt ist oder verboten werden kann oder wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt.

A.

Die juristische Natur des Einspruchsrechts.

I. Das Wesen der Thätigkeit des Registerrichters und der Verwaltungsbehörde.

§ 1.

Die Frage, ob die Normen, nach denen sich die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit beurteilt, öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur seien, lässt sich nicht a priori, sondern nur aus der positiven Rechtsordnung beantworten. Das BGB. hat keine Definition des öffentlichen Rechtes gebracht, sondern diese wie so manches andere der Wissenschaft überlassen. Wenn wir in ihr Umschau halten, so finden wir der Definitionen viele. Zur Lösung der Frage ist emsig gearbeitet worden, aber im Erfolge ist man über die alte römische Rechtsregel des Ulpian: „publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“ (l. 1 § 2 D. de justitia et jure 1,1) nicht hinausgekommen. Auch heute noch versteht man unter öffentlichem Recht dasjenige, für welches das Interesse der Gesamtheit, und unter Privatrecht dasjenige, für welches das Interesse des Einzelnen zunächst bestimmend ist (so Dernburg S. 45). Damit ist

wohl der Begriff des öffentlichen und privaten Rechts bestimmt, aber nicht die Frage ein für alle mal entschieden, ob die Normen eines bestimmten Rechtsinstituts öffentlichrechtliche oder privatrechtliche seien. Dies richtet sich danach, ob bei der positiv rechtlichen Regelung in concreto das Interesse der Gesamtheit oder das Interesse des Einzelnen massgebend gewesen ist. Deshalb kann auch nicht gesagt werden, die Frage nach der Anerkennung der juristischen Persönlichkeit eines Vereins sei absolut öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakters. Wieder entscheidet die konkrete rechtliche Regelung. Beim System der freien Körperschaftsbildung hat man dem Interesse des einzelnen Vereins überwiegende Geltung geschenkt, anders dagegen bei den beiden anderen Systemen. Die Eintragung in das Vereinsregister und die staatliche Verleihung sind vom Interesse der Gesamtheit getragen, wenn auch unter verschiedenen Gesichtspunkten; denn dort ist es die vermögensrechtliche Verkehrssicherheit, hier dagegen die Sicherheit des Staates, die entscheidend in die Waage fällt.

Demnach haben wir es auch im BGB. bei der Anerkennung der Vereine als juristischer Personen mit öffentlichem Rechte zu thun und es fragt sich nun, in welcher Disziplin des öffentlichen Rechtes diese Normen unterzubringen sind. Dass die Normativbestimmungen den Normen über die freiwillige Gerichtsbarkeit angehören, ist bekannt, und dass der Einspruch der Verwaltungsbehörde dem Verwaltungsrechte angehört, bedarf auch keiner weiteren Erörterung. Auf den ersten Blick scheinen die Thätigkeiten des Registerrichters und der Verwaltungsbehörde verschiedenen Rechtsdisziplinen anzugehören; denn die herkömmliche Einteilung der Gerichtsbarkeit in „streitige“ und „freiwillige“, die Identität der ausübenden Organe und endlich die gesetzestechnische Regelung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Zusammenhange mit dem Prozess (man denke hier an das Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren in der CPO. §§ 645 ff. u. 946 ff.) lassen die Normen über die freiwillige Gerichtsbarkeit als ein Teil des

Prozessrechts erscheinen. Unsere positive Gesetzgebung steht auch zweifellos auf diesem Standpunkte, indem sie im EGGVG. § 4 verbietet, den ordentlichen Gerichten andere Gegenstände der Verwaltung zu übertragen, als die Geschäfte der sog. Justizverwaltung [1]). Da nun die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit einerseits nicht zu der Justizverwaltung gehört, andererseits aber den ordentlichen Gerichten übertragen ist, so ist sie nach der Auffassung des Gesetzgebers Rechtspflege. Für die Wissenschaft ist natürlich diese gesetzestechnische Regelung nicht massgebend und man ist sich auch im allgemeinen darüber einig, dass die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht Prozess ist, wenn auch im Einzelnen die charakteristischen Unterschiede der „streitigen" und „freiwilligen" Gerichtsbarkeit bestritten sind [2]). Nach der herrschenden Ansicht liegt der charakteristische Unterschied in der grundsätzlich verschiedenen Behandlung der Rechtsverhältnisse. Die streitige Gerichtsbarkeit will bestehende Rechtsverhältnisse „schützen" und „bewähren", die freiwillige will neue Rechtsverhältnisse „begründen" und „entwickeln" [3]). Dort handelt es sich um ein officium jus dicendi, hier um ein officium jus dicentis.

---

1) In ihr Bereich fallen z. B. die Besetzung der Gerichte, Beschaffung der Lokalitäten, Geschäftsordnung, die Ordnung des Sportel- und Formularwesens etc.

2) Die Ausdrücke „streitige" und „freiwillige" Gerichtsbarkeit sind Uebersetzungen der lateinischen Ausdrücke jurisdictio „contentiosa" und „voluntaria". Diese stammen aus einem in die Justinianeische Kompilation herübergenommenen Excerpt aus Marcians Institutionen: „Ommes proconsules, statim quam urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri". (l. 2 pr. D. de offic. proc. et leg. I, 16).

3) So Wach, S. 47. Übrigens kommt hier vor allem die Thatsache in Betracht, dass die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Prozess ist. Welches wirklich das entscheidende Kriterium zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit ist, interessirt hier nicht so sehr und wir können uns deshalb mit der herrschenden Ansicht begnügen. Die Ausdrücke: „freiwillig" und „streitig" sind jedenfalls nicht korrekt. Nach Oesterley, S. 93 ff., erklären sich diese Bezeichnungen auf folgende Weise: Unter jurisdictio ist in der Quellenstelle (vergl. vorige Note) nur die den Prokonsuln jure magistratus zustehende Jurisdiktion zu verstehen. Zu dieser gehören einmal die Befugnisse eines Magistrats, Streitigkeiten zu entscheiden - jurisdictio contentiosa - und ausserdem das Recht, gewisse Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme in einer bestimmten Form Zuziehung einer Obrigkeit nothwendig war, bei sich vornehmen zu lassen — sog. legis actio. — Diese legis actio ist hier mit jurisdictio voluntaria

Wenn aber die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Prozess ist, so kann sie nichts anderes als Verwaltung sein und es ist deshalb zu prüfen, ob sie sich wissenschaftlich dort unterbringen lässt.

Um die Aufgabe, Recht und Ordnung im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt seiner Unterthanen aufrecht zu erhalten, erfüllen zu können, stehen dem Staate die Gesetzgebung und die Verwaltung zur Verfügung. Die Unterscheidung beider ist nicht schwer. Die Gesetzgebung hat die Aufgabe, eine Rechtsordnung für den Staat zu schaffen, die Verwaltung soll die gegebenen Gesetze anwenden und dabei deren Schranken respektiren. Da der Staat keine physische sondern eine juristische Person ist, kann er nicht selbst handeln. Er bedarf dazu der Staatsorgane. Die Ausübung der Verwaltung in dem oben angegebenen Sinne ist nun zwei verschiedenen Arten von Organen übertragen, den Gerichten und den Verwaltungsbehörden. Die Thätigkeit der letzteren ist in der Hauptsache das, was man heute eigentlich noch unter Verwaltung versteht [4]).

Während die Auffindung des charakteristischen Unterscheidungsmerkmals zwischen Gesetzgebung und Verwaltung im weiteren Sinne (siehe Note 4) keine Mühe macht, ist die Bestimmung dieses Merkmals zwischen Justiz und Verwaltung im engern Sinne äusserst schwer. Die wissenschaftliche Behandlung

---

bezeichnet. Da Marcian nicht blos Beispiele einer jurisdictio voluntaria angegeben, sondern alle zu seiner Zeit noch üblichen Legisaktionen (manumissio und adoptio) angeführt hat und diese im Gegensatz zu ähnlichen Geschäften z. B. zur emancipatio, die unter Umständen erzwungen werden kann, nur inter volentes vorgenommen werden, so erklärt sich daraus die Bezeichnung mit jurisdictio voluntaria. Später hat man dann auch andere, den Prokonsuln nicht jure magistratus sondern kraft specieller Verleihung durch lex, senatus consultum oder constitutio principis zustehende Befugnisse, zur jurisdictio voluntaria gerechnet, ohne dass dabei die ursprüngliche Voraussetzung der Vornahme „inter volentes" gewahrt wurde.

4) Der Begriff der Verwaltung ist im Laufe der Zeit erheblich zusammengeschrumpft. Ursprünglich bedeutete Verwaltung die gesammte Thätigkeit des Staates. Dann trennte man die Gesetzgebung und dann im Anschluss an die Montesquieusche Lehre von der Dreiteilung der Gewalten die Rechtsprechung davon ab. Was übrig blieb, gruppirte man nach den üblichen fünf Ministerressorts und heute versteht man, wenn man von „Verwaltung" schlechthin redet, oft nur die sog. innere Verwaltung darunter. Man könnte also Verwaltung im weitesten, im weiteren, im engeren und im engsten Sinn unterscheiden.

der Verwaltung gehört erst der neueren Zeit an und man ist deshalb noch nicht so tief in den Stoff und das Wesen des Objektes eingedrungen, dass man aus dem Wesen der Verwaltung heraus eine allgemein befriedigende Begriffsbestimmung hätte schaffen können. Ja, man hat es sogar für unmöglich gehalten, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen Justiz- und Verwaltungssache zu finden (vergl. Wach S. 83), oder man hat sich doch darauf beschränkt, den Begriff der Verwaltung negativ zu bestimmen, indem man zu ihr alles rechnet, was nicht bei der Gesetzgebung oder bei der Justiz unterzubringen ist (vergl. Otto Mayer S. 9). Doch dürfte es nicht müssig sein — so aussichtslos das Unternehmen auch scheinen mag — wenigstens nach dem einen oder dem anderen unterscheidenden Merkmal zu suchen und es auf die Probe zu stellen.

Ein solches Merkmal scheint mir aber darin zu liegen, dass die Rechtsprechung sich auf die Feststellung von Rechtsverhältnissen, sei es von Privat-, sei es von Strafrechtsverhältnissen beschränkt[5]). Was darüber hinausgeht, z. B. die Umwandlung — um im Sinne der Römer zu sprechen — des condemnari oportere in das dari oportere, die Exekution, ist nicht mehr Rechtsprechung, sondern Verwaltung. Zum Begriffe der Verwaltung gehört ein so zu sagen potenziertes Handeln. Deshalb hat man auch gesagt: In der Verwaltung handle der Staat (Laband Bd. I S. 676). Die Umsetzung des theoretischen Rechtszustandes in den praktischen ist der Verwaltung eigen, wie denn auch in unserem Falle die Erhebung des Einspruchs nicht eine Feststellung, dass der betreffende Verein nicht eintragungsfähig sei, sondern ein Handeln im eminenten Sinne dieses Wortes bedeutet[6]).

5) Zivilprozessualisch mag der Ausdruck Feststellung zu Irrthümern Anlass geben. Mit den sog. Feststellungsklagen hat er nichts zu thun. Auch die Verurteilung zu einer Leistung ist in diesem Sinne Feststellung.

6) Diese Ausführungen haben nur den Zweck auf ein zweifelloses unterscheidendes Merkmal zwischen Justiz und Verwaltung hinzuweisen. Ein Begriff der Verwaltung für sich allein betrachtet soll damit nicht aufgestellt werden. Dazu ist

Wenn man dieses für den Begriff der Verwaltung gewonnene Merkmal mit dem Begriffsmerkmal der freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleicht, das wir S. 7 acceptirt haben, so ergiebt sich, dass die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihrem Wesen nach zur Verwaltung gehört. Wie der Unterschied zwischen der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Rechtspflege, so liegt auch der Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung in der Behandlung der Rechtsverhältnisse. Was wir als Begriffsmerkmal der freiwilligen Gerichtsbarkeit festgestellt haben, die Begründung und Schöpfung neuer Rechtsverhältnisse im Gegensatze zur Bewährung und zum Schutze vorhandener, dieses Handeln im prägnanten Sinne charakterisirt auch die Verwaltung. Die Thätigkeit des Registerrichters ist deshalb ebenso gut ein Verwaltungsakt wie die Einlegung des Einspruchs gegen die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister seitens der Verwaltungsbehörde. Materiell weisen die Thätigkeiten keinen Unterschied auf.[7]) An dieser inhaltlichen Gleichung ändert auch die Thatsache nichts, dass die eine Verwaltungsthätigkeit den Gerichten übertragen ist. Für den Begriff der Verwaltung macht dies nichts aus (vergl. auch Wach S. 47: „die freiwillige Gerichtsbarkeit braucht nicht den Gerichten oder diesen ausschliesslich übertragen zu sein“. Thatsächlich ist sie auch zum Theil den Notaren, also meistens Rechtsanwälten, übertragen).[8]) Justiz und Verwaltung sind auch hinsichtlich

---

in dieser vorwiegend privatrechtlichen Abhandlung auch nicht der Ort. Es genügt ein sicheres Kriterium, nach dem der rechtliche Charakter der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich bestimmen lässt.

7) Die Ansicht, dass die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Verwaltungsthätigkeit ist, vertreten: G. Meyer S. 4; Rausnitz S. 4. Anderer Meinung sind: Otto Mayer S. 8 (besonders Note 10); Dorner S. 3 und Schultze-Görlitz S. 6 unter d, obgleich er S. XV die Thätigkeit vorwiegend als Verwaltungsthätigkeit bezeichnet.

8) Die Übertragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Gerichte erklärt sich historisch: Ursprünglich wird zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht geschieden und eine Trennung der verschiedenen Thätigkeiten ist deshalb nicht möglich. „Bei dem Repräsentanten des Volkes befindet sich die volle Regierungsgewalt, sei er König oder die versammelte Gemeinde, er ist der Mittelpunkt, um den sich alle wichtigen Interessen des ganzen Volkes sowie des einzelnen drehen. Schon

der sie ausübenden Organe keineswegs so schroff geschieden, dass Justiz nur von den Gerichten und Verwaltungsthätigkeit nur von den Verwaltungsbehörden ausgeübt werden könnte. Umgekehrt sind auch den Verwaltungsbehörden manchmal reine Justizsachen übertragen, wie z. B. die Verwaltungsgerichtsbarkeit (siehe unten S. 52). [9]).

Wenn dieser formelle Unterschied auch wissenschaftlich keine grosse Bedeutung hat, so wird sich eine solche doch in der Praxis zeigen; denn die freiwillige Gerichtsbarkeit wird von Richtern ausgeübt, d. h. unabhängigen und nur dem Gesetz unterworfenen Beamten, während die Verwaltungsbehörden hinsichtlich ihrer amtlichen Thätigkeit im Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und deshalb verpflichtet sind, den dienstlichen Anweisungen der vorgesetzten Behörde nachzukommen. Im konkreten Falle wird sich dieser Unterschied zwar nicht so bemerkbar machen, weil die Frage, ob Einspruch zu erheben ist oder nicht, durch das Gesetz ziemlich genau geregelt und dadurch der Einfluss der Dienstanweisungen auf ein geringes Mass beschränkt ist. Dagegen wird die verschiedene wissenschaftliche Vorbildung und praktische Thätigkeit der Verwaltungsbeamten und der Richter, vor allem aber die politische Stellung der ersteren, nicht ohne Einfluss auf die Entscheidungen bleiben. Wenn es sich auch sowohl bei dem Richter als auch

---

hiernach war nichts natürlicher, als dass sich jene beiden Befugnisse, die jurisdictio contentiosa und voluntaria, auch bei den Behörden vereinigt fanden, welche später an die Stelle jener einzigen Obrigkeit traten". Ausserdem hat man später die Gerichte deshalb für die geeignetsten Organe zur Besorgung dieser Thätigkeit gehalten, weil es sich doch hauptsächlich um Rechtsfragen handelt und für deren Erledigung die Gerichte am ersten competent zu sein scheinen. Ausserdem pflegt auch das Vertrauen des Volkes zu den Gerichten ein grösseres zu sein als zu den Verwaltungsbehörden. Vergl. hierüber Oesterley, S. 53 ff., dessen Schrift auch die vorher citierte Stelle entnommen ist.

9) Wie man Verwaltung im materiellen und formellen Sinne unterscheidet und unter der letzteren die Thätigkeit versteht, die von den Verwaltungsorganen ausgeübt wird, wenn sie auch inhaltlich nicht Verwaltung ist, so könnte man auch Justiz im materiellen und formellen Sinne unterscheiden. Die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit wäre dann ein Justizakt im formellen Sinne, die Verwaltungsgerichtsbarkeit z. B. ein Verwaltungsakt im formellen Sinne.

bei der Verwaltungsbehörde jedesmal um die Entscheidung derselben Rechtsfrage handelt und die Entscheidung theoretisch deshalb die gleiche sein müsste, so wird doch praktisch manches anders kommen. Sonst hätte ja überhaupt der Einspruch gar keinen Sinn!

Wenn gegen das Einspruchsrecht geltend gemacht ist, dass dadurch der Entwurf eine unleidliche Verquickung des privaten und öffentlichen Rechts enthalte (Bericht der RTK. S. 10 unter III), so ist dies noch nicht das Schlimmste. Öffentliches Recht befindet sich noch mehr im BGB. (vergl. Schepp, das öffentliche Recht im BGB., Freiburg i. B. 1899). Viel unangenehmer ist die Verbindung der Thätigkeit des Registerrichters und der Verwaltungsbehörde. Daraus ergeben sich recht schwierige Komplikationen (s. unten S. 20).

Wenn man die beiden hier interessierenden Verwaltungsakte klassifizieren will, so würde man die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als fürsorgende, die Erhebung des Einspruchs als obrigkeitliche Thätigkeit des Staates bezeichnen müssen. Wenn man die Verwaltungsakte einteilt in solche völkerrechtlicher, privatrechtlicher und staatsrechtlicher Natur (G. Meyer S. 25), so gehört sowohl die Thätigkeit des Registerrichters als auch die der Verwaltungsbehörde zu den Verwaltungsakten der letzten Art. Während aber die Erhebung des Einspruchs als ein „Verbot“ erscheint (s. unten S. 15), ist die Thätigkeit des Richters ein rechtsbegründender Akt.

II. Die juristische Konstruktion des Einspruchsrechts.

§ 2.

Der § 61 BGB. giebt der Verwaltungsbehörde die Befugnis, gegen die Eintragung bestimmter Vereine Einspruch zu erheben,

also gegen den Akt, durch den die Rechtsfähigkeit begründet werden soll. Damit die Verwaltungsbehörde von ihrer Befugnis Gebrauch machen könne, hat der Registerrichter ihr die zugelassene Anmeldung eines jeden Vereins anzuzeigen (§ 61 Abs. 1 BGB.). Damit ist aber eine blosse Instruktionsvorschrift für den Registerrichter gegeben. Dies ergiebt sich aus der Terminologie des BGB.; denn wenn dieses sagt, dass jemand etwas zu thun „hat", so bedeutet dies dasselbe, als wenn jemand etwas thun „soll", und damit wird ausgedrückt, dass die Nichtbeachtung dieses Gebots keine Unwirksamkeit nach sich zieht.[10])

Man hat gesagt, dass mit diesem Einspruchsrechte ein „verschleiertes Konzessionssystem" eingeführt sei[11]). Man vergleicht also hier den Einspruch der Verwaltungsbehörde mit der Nicht-Genehmigung und den Nicht-Einspruch mit der Genehmigung[12]). Zwar ist hier Genehmigung, da es sich um einen öffentlichrechtlichen Akt handelt, nicht gleichbedeutend mit der Genehmigung des § 184 BGB., aber das tertium comparationis zwischen beiden ist doch, dass die Genehmigung hier wie dort etwas wirksam macht, was ohne sie nicht wirksam sein kann, dass sie also Bedingung der Rechtsgültigkeit eines rechtsgeschäftlichen Aktes ist. Diese juristische Natur der Genehmigung kann auf den Nicht-Einspruch keine Anwendung finden. Wäre es der Fall, so würde jede Eintragung eines Vereins unwirksam sein, wenn nicht entweder die Verwaltungsbehörde ausdrücklich den Nicht-Einspruch ausgesprochen und damit positiv ihre Genehmigung ausgedrückt hat oder die Einspruchsfrist von ihr versäumt oder endlich der erhobene Einspruch im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens oder des Rekurses aufgehoben ist. Dem widerspricht der § 63 BGB.

---

10) Vergl. Planck, S. 26, 4 b. — Hölder (S. 176) hält dagegen die Mitteilung für eine Bedingung rechtsgültiger Eintragung.

11) Vergl. Gierke, Verh. des 23. Jur.-Tg. 2. Bd. S. 20; Engelmann S. 64. Bericht der RTK. S. 10 unter III.

12) Vergl. Leonhard, Verh. des 23. Jur.-Tg., 1. Bd., S. 269.

Dieser bestimmt, dass die Eintragung erst erfolgen darf, wenn entweder 1. die Verwaltungsbehörde dem Amtsgerichte mitgeteilt hat, dass Einspruch nicht erhoben werde, also mit andern Worten der Eintragung ausdrücklich zugestimmt hat oder 2. sechs Wochen verstrichen sind und Einspruch nicht erhoben ist oder endlich 3. der erhobene Einspruch endgültig aufgehoben ist. Daraus ergiebt sich per argumentum a contrario folgendes: Die Eintragung darf nicht erfolgen, wenn entweder 1. Einspruch erhoben ist oder 2. noch nicht sechs Wochen verstrichen sind und Einspruch nicht erhoben ist oder endlich 3. der erhobene Einspruch noch nicht endgültig aufgehoben ist. Jedenfalls soll also eine Eintragung, die diesem widerspricht, nicht erfolgen, aber bestritten ist es, welche rechtliche Wirkung eine trotzdem vorgenommene Eintragung habe. Die Litteratur äussert sich besonders zu dem Falle, dass eine Eintragung vor dem Ablauf der Frist erfolgt, ohne dass die Verwaltungsbehörde Mittheilung von der Nichterhebung des Einspruchs gemacht hat. Für diesen Fall will Hölder (S. 176 und 181) Unwirksamkeit eintreten lassen und zwar so, dass die Eintragung mit dem Ablaufe der Frist, falls Einspruch nicht erhoben wird, wirksam werde. Dagegen erklärt Planck (S. 110), dass die Eintragung trotzdem wirksam sei. Man wird Planck bei der feststehenden Terminologie des BGB., die mit „darf nicht“ regelmässig ausdrücken will, dass etwas nicht geschehen „soll“, so dass das untersagte Thun, wenn es dennoch geschieht, wirksam bleibt, Recht geben müssen (vergl. Planck S. 24, 4b). Zwar spricht der § 63 BGB. nicht von „darf nicht“, sondern nur von „darf“, und das positive „darf“ ist kein technischer Ausdruck (Crome S. 99 Note 9), aber der Ausdruck „darf“ in der Verbindung mit „erst“, wie er in § 63 BGB. gebraucht wird, ergiebt zweifellos denselben Sinn, wie „darf nicht früher als“ [15]).

15) Über die rechtliche Bedeutung der vorzeitigen Eintragung, s. auch unten, § 4, S. 23.

Was für die vorzeitige Eintragung gilt, muss konsequenter Weise auch für die Eintragung trotz Einspruchs gelten[14]). Daraus ergiebt sich, dass eine Eintragung des Vereins trotz Einspruchs und ebenso eine solche trotz noch zulässigen Einspruchs wirksam ist. Demnach ist die Wirksamkeit der Eintragung nicht bedingt durch den Nicht-Einspruch und dieser deshalb einer Genehmigung juristisch nicht gleich zu achten. Der Einspruch der Verwaltungsbehörde stellt sich also als nichts weiteres dar, als ein Verbot an den Registerrichter, die Eintragung des betreffenden Vereins vorzunehmen. Durch die Verletzung des Verbots macht sich der Richter eventuell verantwortlich oder strafbar, aber die Wirksamkeit der Eintragung wird dadurch nicht berührt.

---

14) Auch v. d. Pfordten ist der Ansicht, dass eine Eintragung trotz Einspruchs wirksam sei, aber er folgert dies aus dem Grundgedanken des Gesetzes (S. 405). Den Nicht-Einspruch sieht er aber trotzdem als wesentliche Voraussetzung der Eintragung an (S. 406). Das ist inkonsequent.

B.

Die Voraussetzungen des Einspruchsrechts.

I. Die formellen Voraussetzungen.

1. Die Zulassung eines angemeldeten Vereins zum Vereinsregister durch den Registerrichter.

§ 3.

Die Zulassung der Anmeldung eines Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister ist wesentliche Voraussetzung der Eintragung[15]) und deshalb auch mittelbar des Einspruchs; denn da dieser sich gegen die Eintragung richtet und es zu dieser nicht kommen kann, wenn der Verein nicht zugelassen wird, so kommt ein Verein, der nicht durch den Registerrichter zugelassen ist, garnicht vor das Forum der Verwaltungsbehörde. Diese Zulassung interessirt hier nun insoweit, als bei der Prüfung ihrer Voraussetzungen nach einer in der Litteratur weit verbreiteten Ansicht in die Prüfungsbefugnis der Verwaltungsbehörde eingegriffen wird.

15) Dies ergiebt sich daraus, dass die Zulassung ihrerseits nur erfolgen kann, wenn den teilweise wesentlichen Erfordernissen der §§ 56/9 BGB. genügt ist (§ 60 Abs. 1 BGB.)

Nach § 60 BGB. sind die Voraussetzungen nur formeller Natur, aber es herrscht fast Einstimmigkeit unter den Schriftstellern darüber, dass sich die Prüfung des Richters auch auf materielle Erfordernisse bezüglich des Gründungsvertrages des Vereins erstrecke[16]). Streitig ist aber, wie weit die Prüfungsbefugnis bezüglich der materiellen Erfordernisse gehe. Die eine Ansicht vertritt den Standpunkt, dass der Registerrichter nur allgemeine Erfordernisse materieller Natur zu prüfen habe, ob also der Gründungsvertrag des Vereins gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstosse und deshalb nach §§ 134 resp. 138 BGB. nichtig sei, ob etwa Chikane im Spiele sei und § 226 BGB. Anwendung zu finden habe, oder ob endlich EGBGB. Art. 84 in Betracht komme. [17]). Andere geben dem Registerrichter aber auch ein Prüfungsrecht, ob der Verein im besonderen nach dem öffentlichen Vereinsrechte unerlaubt sei.[18]) Vor allem ist es Planck, der die letztere Ansicht vertritt: der Gründungsvertrag eines Vereins, der nach dem öffentlichen Vereinsrechte unerlaubt sei, verstosse gegen ein gesetzliches Verbot und sei deshalb nach § 134 BGB. nichtig. Dadurch dass im § 61 BGB. der Verwaltungsbehörde ein Einspruchsrecht gegeben sei, werde die Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht ausgeschlossen.

Zwar ist es richtig, dass bei den Eintragungen in das Handels- und in das Genossenschaftsregister vom Gesetz ausdrücklich nur formelle Voraussetzungen verlangt werden, ebenso wie auch im § 60 BGB. Aber daraus ist durchaus nicht mit Meisner (s. Anm. 16 auf dieser S.) zu folgern, dass sich das Prüfungsrecht allein auf diese formalen Erfordernisse beschränken solle. Vielmehr hat der Registerrichter bei seiner Prüfung auch

---

16) Dagegen will Meisner (S. 58) nach Analogie der Eintragung in das Handels- und in das Genossenschaftsregister das Prüfungsrecht nur auf die formalen Erfordernisse beschränkt wissen.

17) Hölder S. 175; Szkolny-Caro S. 73.

18) Planck S. 107; Staudinger, Vereinsrecht, S. 61; Rehbein S. 6.; Schepp S. 14; Crome S. 238.

auf die materielle Gültigkeit des der Anmeldung zu grunde liegenden Begründungsvertrages einzugehen. Wenn dieser gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst und deshalb nach §§ 134 resp. 138 BGB. nichtig ist, so wäre es widersinnig, wenn der Richter einen solchen Verein eintragen müsste. Das wird man verständigerweise nicht fordern können, wenn auch das Gesetz ausdrücklich eine einschlägige Bestimmung nicht giebt. Ebensowenig kann man aus der Enumeration der Zurückweisungsgründe im § 60 BGB. per argumentum a contrario schliessen, dass nur bei der Nichtbeachtung der in den §§ 56/9 BGB. aufgezählten Erfordernisse eine Zurückweisung der Anmeldung erfolgen dürfe. Gerade im vorliegenden Falle ist es ganz deutlich, dass der § 60 BGB. die Voraussetzungen der Zulassung nicht erschöpfend geregelt hat: Nach § 57 BGB. „muss" die Satzung den Zweck des Vereins angeben im Gegensatz zu § 58, wo von anderen Bestimmungen nur gesagt wird, dass sie in der Satzung enthalten sein „sollen". Der Zweck ist also wesentlich und muss deshalb auch vom Richter geprüft werden und zwar ist es selbstverständlich, dass diese Prüfung sich nicht nur auf die blosse Angabe, sondern auch auf das thatsächliche Vorliegen des angegebenen Zwecks zu erstrecken hat; denn davon, ob der Zweck ein wirthschaftlicher ist oder nicht, hängt ja in aller erster Linie die Eintragung ab (§ 21 BGB.). Es ist unbestreitbar, dass auch das thatsächliche Vorliegen dieses Zwekes zu prüfen ist, trotzdem im § 60 BGB. davon nichts gesagt ist.[19]) Damit ist aber erwiesen, dass die Voraussetzungen der Prüfung im § 60 BGB. nicht erschöpfend geregelt sind. Dann steht aber nichts im Wege, auch andere Erfordernisse allgemeiner Natur der Prüfung zu unterwerfen. Unter diesem

19) Man kann nicht sagen, dass die Prüfung von §§ 56/9 die Prüfung, ob der angegebene Zweck thatsächlich vorliegt, mitenthalte. Die §§ 56/9 fordern nur, dass sich der Richter davon überzeuge, ob eine Satzung vorhanden und darin überhaupt der Zweck angegeben ist. Dass auf die Prüfung dieses Zwecks seinem Inhalte nach einzugehen sei, ist aus dem § 60 nicht zu entnehmen.

Gesichtspunkte ist auch die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen einen zurückweisenden Beschluss des Registerrichters erklärlich (§ 60 Abs. 2 BGB.), die doch ziemlich überflüssig wäre, wenn der Richter lediglich die im § 60 Abs. 1 geforderte Prüfung vorzunehmen hätte. Wenn aber der Registerrichter prüfen muss, ob der Begründungsvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstösst und deshalb nach § 134 BGB. nichtig ist, so ist ihm damit prinzipiell auch die Prüfung auferlegt, ob der Verein nach öffentlichem Vereinsrechte unerlaubt ist; denn in diesem Falle verstösst der Begründungsvertrag gegen ein gesetzliches Verbot und ist nichtig. Es fragt sich nur, ob diese Prüfungsbefugnis gegenüber derjenigen der Verwaltungsbehörde nach § 61 Abs. 2 BGB. aufrecht erhalten werden kann.

Es lässt sich nicht bestreiten, dass eine doppelte Prüfung der Frage, ob ein Verein nach öffentlichem Vereinsrechte unerlaubt sei, durch Gericht und Verwaltungsbehörde befremdend wirkt, und die Protokolle lassen auch keinen Zweifel darüber, dass die Gesetzgebungskommission diese Frage nur durch die Verwaltungsbehörde geprüft wissen wollte. Dies ergeben die Bemerkungen in den Protokollen (1. Bd. S. 562), wonach das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde gerade eingeführt ist, weil es offenbar den Vereinen viel lieber sein müsse, in dieser Beziehung der Kognition der Verwaltungsbehörde zu unterliegen, die „einerseits mit dem Gefühle der politischen Verantwortlichkeit und andererseits ohne übergrosse Ängstlichkeit“ prüfen werde und weil dadurch „thunlichst dem unerwünschten Ergebnisse vorgebeugt werde, dass ein Verein, den der Richter als erlaubt angesehen und deshalb eingetragen habe, von der Verwaltungsbehörde als ein unerlaubter behandelt werde.“ Aber andererseits giebt das Gesetz nicht den geringsten Anhalt dafür, dass diese Frage der Kognition der Verwaltungsbehörde allein überlassen sein solle. Man darf deshalb den Wunsch nicht zum Vater des Gedankens werden lassen und man wird die doppelte Prüfungsbefugnis anerkennen müssen. Der allgemeine Charakter des § 134 fordert entschieden, dass dieser Paragraph auch hier vom Registerrichter berücksichtigt

werde. Seine Anwendung liesse sich nur durch eine besondere Vorschrift aus der Welt schaffen. Eine solche Gegenvorschrift besteht aber nicht. Das gesetzliche Verbot des § 134 BGB. kann sowohl auf Privat- wie auf öffentlichem Rechte, auf Reichs- wie auf Landesrecht beruhen. Das BGB. macht in dieser Beziehung keine Einschränkungen. Ich möchte deshalb auch Fuld (S. 138) beistimmen, wenn er sagt, dass in den Reichsteilen, wo die Vereinsbildung an staatliche Genehmigung gebunden ist, wie z. B. in Reuss ältere Linie [20]) und im Reichsland Elsass-Lothringen, [21]) der Registerrichter einen Verein nicht zulassen darf, wenn ihm nicht die landesherrliche resp. ministerielle Konzession vorgelegt wird.

Was der Kognition des Registerrichters unterliegt, unterliegt natürlich auch der Kognition des Beschwerderichters nach § 60 Abs. 2 BGB. Besonders wenn im Beschwerdewege entschieden ist, dass ein Begründungsvertrag gemäss §§ 134 resp. 138 BGB. nicht nichtig sei, wird sich die doppelte Kognition des Registerrichters und der Verwaltungsbehörde unangenehm fühlbar machen, wenn dann die Verwaltungsbehörde trotzdem, weil sie es mit einem nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubten Verein zu thun zu haben vermeint, Einspruch erhebt [22]). Weiter kann natürlich die Zurückweisung seitens des Registerrichters nicht gehen. Er kann nicht zurückweisen, weil der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrechte verbietbar ist oder weil er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt [23]).

Ein Unterschied zwischen der Zurückweisung eines nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubten und zum Vereinsregister angemeldeten Vereins durch den Registerrichter und

---

20) Verordnung vom 28. April 1855 § 1.

21) Code pénal v. 1810 Art. 291 und loi sur les Associations v. 10. April 1834 Art. 1.

22) Hier liegt besonders eine der unerquicklichen Komplikationen, auf die oben S. 12 hingewiesen ist.

23) In diesen Fällen verstösst der Verein nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

dem Einspruch der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung besteht aber hinsichtlich der Wirkungen: Der Richter muss, wenn seiner Überzeugung nach ein Verein unerlaubt ist, immer zurückweisen wegen Nichtigkeit des Begründungsvertrages. Es besteht also in einem solchen Falle für den Richter überhaupt kein Verein. Die Verwaltungsbehörde lässt diese Frage ganz auf sich beruhen, der Einspruch richtet sich allein gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit. Ob der Verein als sog. nicht rechtsfähiger Verein weiter bestehen kann oder nicht, wird garnicht von ihr erörtert.

---

2. Die Einspruchsfrist.

§ 4.

Nach § 63 des BGB. darf der Richter einen Verein erst eintragen, wenn seit der Mitteilung an die Verwaltungsbehörde von der zugelassenen Anmeldung sechs Wochen verstrichen sind und ein Einspruch nicht erhoben ist. Der juristische Charakter dieser sechswöchigen Frist ist streitig. Es handelt sich darum, ob die Einhaltung der Frist eine blosse Instruktionsvorschrift für den Registerrichter bezw. für die Verwaltungsbehörde ist, oder ob man es mit einer Präklusivfrist zu thun hat, so dass ein seitens der Verwaltungsbehörde nach dem Ablaufe der Frist erhobener Einspruch rechtlich irrelevant wäre [24]).

Die Ansicht des Verfassers ergiebt sich schon aus dem im § 2 Gesagten, dass es sich hier nämlich um eine rein instruktionelle Vorschrift für den Registerrichter handelt. Entscheidend ist die Terminologie des BGB. Diese deutet im § 63 unzweifelhaft auf eine blosse Instruktionsvorschrift hin und

---

24) Für eine Präklusivfrist sind: Fischer-Henle S. 28; Enneccerus-Lehmann S. 80; Riedel S. 14. Gegen eine Präklusivfrist sind: Planck S. 109; Hölder S. 181; Rehbein S. 62; v. d. Pfordten S. 403/4.

andererseits kennzeichnet sie die Präklusivfristen als solche unzweifelhaft deutlich[25]). Diese Ansicht entspricht auch den Protokollen (1. Bd. S. 558 u. 560); denn die Fassung des § 63 ist gerade gewählt worden, damit auch ein nach dem Ablaufe der Frist, aber noch vor der Eintragung erhobener Einspruch die Eintragung hindere.

Erfolgt der Einspruch nach Ablauf der Frist und nach geschehener Eintragung, so ist der erhobene Einspruch bezüglich der Rechtsfähigkeit des Vereins gänzlich irrelevant. Der Einspruch der Verwaltungsbehörde hat nur prävenierenden Charakter, er soll sich gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit richten, aber er ist kein Mittel, die erlangte Rechtsfähigkeit wieder zu beseitigen. Durch die vollkommen rechtsgültig, d. h. nach Ablauf der sechswöchigen Frist und ohne Hinderung durch Einspruch vorgenommene Eintragung erhält der Verein ein subjektives Recht auf Fortbestand als Rechtssubjekt. Zwar giebt das BGB. der Verwaltungsbehörde Mittel an die Hand, um diese Rechtsfähigkeit wieder zu beseitigen, aber diese Gründe, aus denen dem Verein die Rechtsfähigkeit wieder entzogen werden darf, sind im § 43 BGB. gesetzlich fixiert. Hier kommen nur Abs. 1—3 in Betracht. Diese Gründe sind hier abschliessend aufgezählt, andere sind dadurch reichsrechtlich ausgeschlossen. Dadurch wird aber auch die Verwaltungsbehörde in der Handhabung des öffentlichen Vereinsrechts beschränkt; denn dieses giebt zwar das Recht, einen Verein unter gewissen Voraussetzungen aufzulösen, aber damit wird dem Verein auch die Rechtsfähigkeit entzogen. Weil aber die Entziehung der Rechtsfähigkeit nur aus den im § 43 Abs. 1—3 aufgezählten Gründen zulässig ist, so ist auch eine Auflösung des Vereins, weil sie die Entziehung der Rechtsfähigkeit in sich trägt, nur zulässig, soweit nicht diese Auflösung dem Reichsrecht widerspricht. Der Grundsatz: „Reichsrecht geht vor Landesrecht“ gilt auch hier. Dagegen liesse

25) Vergl. z B. die Fristen in §§ 108, 283, 355, 382, 561 Abs. 2 u. a.

sich auch nicht einwenden, das partikuläre Vereinsrecht sei als öffentliches Recht in complexu erhalten geblieben, da ja laut Art. 55 EGBGB. nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze dem BGB. weichen müssten. Diese Folgerung ist falsch. Der Art. 55 will nur das Kodifikationsprinzip des BGB. gegenüber dem Landesrecht zur Geltung bringen. Diesem Prinzip muss auch das partikuläre öffentliche Recht weichen, soweit es mit dem BGB. im Widerspruch steht.

Diese Konsequenzen treten aber nicht ein für den Fall, dass der Einspruch zwar innerhalb der sechswöchigen Frist, aber doch nach der Eintragung erfolgt, wenn also der Registerrichter die Wartefrist nicht eingehalten hat. Auch hier kann der Einspruch an der Rechtsfähigkeit nichts mehr ändern, da die Eintragung, wie gesagt, rechtswirksam ist, aber ein Unterschied liegt hier doch darin, dass der Verein in diesem Falle kein subjektives Recht auf Fortbestand erhalten hat. Dies wird man ihm nicht zusprechen können, da die sechswöchige Frist vom Registerrichter nicht eingehalten ist. Zwar ist das im Gesetz nirgends ausdrücklich gesagt, aber es ergiebt sich aus der Natur der Sache. Ähnliche Fälle haben wir z. B. bei den Geschworenen, Schöffen, Vormündern etc., wo „Muss"- und „Soll"-Vorschriften bezüglich der Habilität miteinander konkurrieren. Die Rechtshandlungen, die ein unter Verletzung dieser „Soll"-Vorschriften Angestellter vorgenommen hat, sind zwar wirksam, aber das Amt kann dem Betreffenden entzogen werden[26]). Dem entsprechend wird zwar der Verein auch durch eine vorzeitige Eintragung zum rechtsfähigen Vereine, insbesondere sind die Rechtsgeschäfte, die er als solcher vornimmt, gültig, aber er erwirbt jedenfalls kein subjektives Recht auf Fortbestand, das ihm nur in Übereinstimmung mit der nach § 43 BGB. zulässigen Entziehung der Rechtsfähigkeit streitig gemacht werden könnte.

26) Bezügl. des Vormundes ist dies auch ausdrücklich gesagt. Vergl. BGB. §§ 1781 u. 1886.

Wie schon oben im § 2 (S. 15) erwähnt ist, steht diese verfrühte Eintragung einer solchen gleich, die im Widerspruch mit einem Einspruche erfolgt ist. Solche Eintragungen können nun gemäss §§ 142 Abs. 1 und 159 FrG. von Amtswegen gelöscht werden. Es ist zwar im § 142 Abs. 1 nur von dem Mangel einer „wesentlichen“ Voraussetzung die Rede und im Texte ist dem Nicht-Einspruch der Charakter einer „wesentlichen“ Voraussetzung der gültigen Eintragung abgesprochen worden. Aber die Begriffe „wesentlich“ hier und dort decken sich nicht. Im Texte ist dieser Begriff im Anschluss an das BGB. gebraucht, wenn dieses zwingende (sog. „Muss“-)Vorschriften giebt. Wenn dagegen das BGB. nur dispositive (sog. „Soll“-)Vorschriften aufgestellt, so sind diese „unwesentlich“ im Sinne des Textes. Im § 142 FrG. ist aber der Begriff der wesentlichen Voraussetzung ein ganz anderer. Das ergiebt sich aus der Denkschrift zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hier heisst es: „Welche Vorschriften als wesentliche anzusehen sind, darüber lassen sich nähere Bestimmungen im Gesetze nicht geben“ (Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. Mit den Materialien und ausführlichen Registern, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1898 S. 120). Der Ausdruck „wesentlich“ ist also hier keineswegs mit Rücksicht auf die Terminologie des BGB. gewählt, obgleich dieses früheren Datums ist. Er bedeutet hier nur so viel wie „wichtige“ Voraussetzungen und es ist dem freien richterlichen Ermessen überlassen, zu entscheiden, ob eine Voraussetzung wesentlich ist oder nicht. Dabei werden natürlich die zwingenden und dispositiven Vorschriften des BGB. einen Anhaltspunkt geben können, ohne dass die Bezeichnung als „wesentliche“ Voraussetzung auf die ersteren beschränkt sein soll. Wenn man noch in Erwägung zieht, dass der Ausdruck „wesentlich“ im § 142 FrG. im Gegensatz zu „Versehen rein äusserlicher Art“ steht, so wird man ohne weiteres sich dafür entscheiden müssen, dass auch die dispositive Vorschrift des BGB., die Eintragung dürfe nicht eher erfolgen, als bis die

sechswöchige Einspruchsfrist abgelaufen ist, ohne dass die Verwaltungsbehörde Einspruch erhoben hat, oder der erhobene Einspruch endgültig beseitigt ist, als wesentliche Voraussetzung der Eintragung im Sinne des § 142 FrG. anzusehen ist[27]).

Das Verfahren bei der Löschung bestimmt sich nach § 142 Abs. II FrG. Bemerkenswert ist, dass nach § 143 in Verbindung mit § 159 FrG. auch das dem Registergerichte übergeordnete Landgericht die Löschung verfügen kann.

II. Die materiellen Voraussetzungen.

1. Einleitende Vorbemerkungen.

§ 5.

Die Gestaltung des Titels über die juristischen Personen im BGB. ist das Resultat heisser Kämpfe mehr politischer als juristischer Natur. Die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit der Vereine und das persönliche Eherecht waren die beiden Hauptklippen, an denen das Zustandekommen des grossen Gesetzgebungswerkes zu scheitern drohte. Bekanntlich war im 1. Entwurfe eine Regelung des Erwerbs der juristischen Persönlichkeit nicht enthalten. Wegen der politischen Bedenken, die sich einer reichsrechtlichen Regelung entgegenstellten, hatte man diese ganze Frage im § 42 des Entwurfs 1. Lesung dem Landesrecht überlassen. Gedrängt durch die Kritik, die diese Regelung in der Wissenschaft und in der Praxis fand, hat die zweite Kommission eine reichsrechtliche Regelung vorgenommen. Bei dieser Gestaltung hatten aber mehr politische als juristische Erwägungen die Oberhand.

27) Im Resultate stimmen mit der im Texte vertretenen Ansicht überein: v. d. Pfordten S. 404; Dorner S. 538 und Schultze-Görlitz S. 316; doch gelangen sie auf einem andern Wege zu ihrer Entscheidung. Alle halten den Nicht-Einspruch für eine wesentliche, im Sinne von „zwingende", Voraussetzung einer rechtsgültigen Eintragung.

Die politischen Bedenken gegen eine reichsrechtliche Regelung der Frage gingen hauptsächlich dahin, durch die Erlangung der Rechtsfähigkeit würden die Vereine einen grossen Machtzuwachs erfahren, besonders hinsichtlich der Vermögensfähigkeit. Dieser Machtzuwachs könne aber dem Staate nicht bei allen Vereinen gleichgültig sein. Durch das bisher fast durchweg geltende Konzessionssystem habe man diesem Machtzuwachs bei solchen Vereinen, die dem Staatswohle gefährlich erschienen, steuern können. Wenn aber reichsrechtlich das Konzessionssystem verworfen würde, so biete das öffentliche Vereinsrecht keine genügende Handhabe, um wirksam eingreifen zu können. Deshalb bestand insbesondere die preussische Regierung bei einer reichsrechtlichen Regelung auf dem Konzessionssysteme und erst auf dem Wege des Kompromisses, um das BGB. nicht zum Scheitern zu bringen, ist die jetzige Regelung, eine Verbindung des Systems der Normativbestimmungen und einer Art von Konzessionssystem zustande gekommen [28]).

Nunmehr, nachdem der Würfel gefallen ist, gilt es, aus dem Gewordenen die juristischen Konsequenzen zu ziehen.

2. Das Einspruchsrecht bei den Vereinen, die nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt oder verbietbar sind.

a. Das öffentliche Vereinsrecht.

§ 6.

Dass unter dem öffentlichen „Vereinsrecht“ die öffentlich rechtlichen Normen, die die Vereinsbildung beschränken und dem Staate ein Aufsichtsrecht über die bestehenden Vereine geben, zu verstehen sind, darauf ist schon oben S. 1 hingewiesen worden. Hier bedarf es aber noch einer genaueren Erörterung

28) Über die politischen Erwägungen vergl. die Erklärungen des Staatssekretärs des Reichsjustizamts, Dr. Nieberding, im Bericht der RTK. S. 11.

des Begriffes. Riedel (S. 17) will damit das „gesammte öffentliche Reichs- und Landesrecht“ bezeichnet wissen, „soweit es mit dem Vereinswesen in irgend einer Beziehung steht oder darauf Bezug hat“. Danach würden sowohl verwaltungsrechtliche als auch strafrechtliche Normen über das Vereinswesen darunter fallen und zwar nicht nur diejenigen, nach denen ein Verein unerlaubt oder verbietbar ist, sondern auch dem Vereinswesen günstige Normen (z. B. Wahlgesetz für den deutschen Reichstag vom 31. Mai 1869 § 17, Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 152 und Reichsgesetz vom 13. Dezember 1899, das das Verbindungsverbot von Vereinen untereineinander aufhebt). Natürlich kommen aber hier nur diejenigen Normen in Betracht, nach denen ein Verein unerlaubt oder verbietbar ist.

Zweifellos ist, dass man hier unter dem Vereinsrecht sowohl Reichs- und Landesrecht zu verstehen hat[29]). Das BGB. giebt gar keinen Anhalt für die Annahme des Gegenteils. Praktisch hat zwar die ganze Frage z. Zt. keinen grossen Wert, da einschlägiges Reichsrecht trotz des im Art. 4 Z. 16 der Reichsverfassung verheissenen Reichsvereinsgesetzes nicht vorhanden ist und das Letztere auch wohl noch recht lange auf sich warten lassen wird. Aber möglich wäre z. B. ein Reichsspezialgesetz, wie einst das Sozialistengesetz vom 21. Okt. 1878, das bis zum 30. Sept. 1890 in Kraft war, wenn auch gerade ein derartiges Gesetz kaum wieder erlassen werden wird. Jedenfalls würde ein solches Reichsgesetz mit unter § 61 BGB. fallen[30]).

Eine andere Frage ist die, ob auch strafrechtliche Normen unter das Vereinsrecht im § 61 BGB. fallen. Es kommen natürlich nur solche Strafbestimmungen in Betracht, die die Teilnahme an einem Vereine unter Strafe stellen, so dass sich

29) So auch Crome S. 235, der sagt: Das öffentliche Vereinsrecht sei z. Zt. noch Landesrecht Daraus geht hervor, dass theoretisch auch Reichsrecht gemeint sein soll. Dafür auch Boruhak S. 41.

30) Planck (S. 108) sagt, das öffentliche Vereinsrecht bestimme sich nach Landesrecht. Ob damit gesagt sein soll, dass sich das Vereinsrecht nur z. Zt. nach Landesrecht richte, weil eben kein einschlägiges Reichsrecht da ist oder ob damit überhaupt theoretisch das Reichsrecht ausgeschlossen sein soll, geht nicht klar daraus hervor.

dadurch der Verein als ein verbotener charakterisiert. Eine Strafe z. B., die nur dem Vorstande auferlegt wird, weil er kein Statut eingereicht hat, interessiert hier nicht, weil trotzdem der Verein selbst sehr wohl erlaubt sein kann. Solche hier nicht interessierenden Vorschriften enthält meistens das landesrechtliche Strafrecht, das sich nach § 2 Abs. 2 EGStGB. bilden kann. Dagegen würden vom reichsrechtlichen Strafrecht hier eventuell die §§ 128/9 StGB. in Betracht kommen [31]). In dem Begründungsvertrag einer solchen Verbindung haben sich die Mitglieder zu einer criminell strafbaren Handlung und deshalb zu einer Handlung contra bonos mores verpflichtet. Der Begründungsvertrag ist also nach § 138 BGB. nichtig. Deshalb besteht keine rechtsgültige Satzung und kein rechtsgültiger Verein, der eintragungsfähig wäre. Ein solcher Verein wird sich zwar kaum um die Rechtsfähigkeit bewerben, aber angenommen er thäte es, so würde eine Zurückweisung der Anmeldung durch den Registerrichter zweifelsohne erfolgen müssen. Die Zurückweisung der Anmeldung erfolgt aber hier durch den Registerrichter auf Grund des bürgerlichen Rechts (§ 138 BGB.) wegen Nichtigkeit des Begründungsvertrages. Für eine Prüfung durch die Verwaltungsbehörde ist hier kein Platz. Diese hat nur zu prüfen, ob der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist. Es kann ja möglich sein, dass das partikuläre Veinsrecht Vereine der in den §§ 128/9 StGB. bezeichneten Art zugleich für unerlaubte oder verbietbare erklärt hat. Dann kann die Verwaltungsbehörde Einspruch erheben, wenn der Verein durch den Registerrichter vielleicht versehentlich zur Eintragung zugelassen sein sollte. Wenn aber solche Vereine nicht durch das öffentliche Vereinsrecht zugleich für unerlaubte oder verbietbare erklärt sind, so hat

31) Danach ist strafbar 1. die Teilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheim gehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, und 2. die Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Massregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften.

die Verwaltungsbehörde kein Einspruchsrecht. Die Strafnormen der §§ 128/9 StGB. fallen nicht unter das „öffentliche Vereinsrecht". Unter dem letzteren sind nur die verwaltungsrechtlichen Normen über die Erlaubtheit resp. Unerlaubtheit der Vereine zu verstehen. Diese Normen sind identisch mit den Bestimmungen über das „Vereinswesen", die in Art. 4 Z. 16 der Reichsverfassung der Kompetenz des Reichs vorbehalten sind. Unter diese Bestimmungen über das Vereinswesen fallen aber strafrechtliche Normen nicht, sondern diese gehören zu dem in Art. 4 Z. 13 l. c. der Reichsgesetzgebung unterworfenen Strafrecht [32]).

b. Die unerlaubten und verbietbaren Vereine.

§ 7.

Es versteht sich von selbst, dass Vereine, die unerlaubt sind, nicht eingetragen werden können. Es handelt sich nur darum, wem in dieser Beziehung die Kognition zufallen sollte, dem Registerrichter oder der Verwaltungsbehörde. Die Gründe, die in der Kommission massgebend waren, sie der Verwaltungsbehörde anheimzustellen, sind bereits oben S. 19 angegeben. So harmlos der erste Grund prima facie erscheint, so wenig zutreffend wird er sich in der Praxis erweisen. Vielmehr wird die Verwaltungsbehörde im Gefühle „politischer Verantwortlichkeit" in weit höherem Masse zu „übergrosser Ängstlichkeit" getrieben werden, als der unabhängige Richter. Mit dem zweiten Grunde, dass „thunlichst dem unverwünschten Ergebnisse vorgebeugt werden solle, dass ein Verein, den der Richter als erlaubt angesehen und deshalb eingetragen habe, von der Verwaltungsbehörde als ein unerlaubter behandelt werde", steht es etwas anders. Wenn einmal die Verwaltungsbehörde zuständig sein

32) Für die Zulassung des Strafrechts sprechen sich aus: Riedel S. 17; Schepp S. 15. Dagegen schliessen das Strafrecht aus: Crome S. 235 und Bornhak S. 41, wenigstens geht dies daraus hervor, dass sie z. Zt. kein Reichsvereinsrecht kennen.

sollte für die Entscheidung, ob ein Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt ist oder nicht, obgleich es sich doch dabei um eine reine Rechtsfrage handelt, nun gut, so kann man es nicht als unzweckmässig verwerfen, wenn die Verwaltungsbehörde veranlasst wird, sich vor der Eintragung des Vereins zu äussern. Dieses Zusammenwirken ist immer besser, als wenn jeder, der Registerrichter und die Verwaltungsbehörde, für sich handelt. Damit ist nun zwar, wenn auch nicht nach der Absicht der Kommission (oben S. 19) eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Registerrichter und der Verwaltungsbehörde nicht ausgeschlossen, aber diese Differenz spielt sich regelmässig, wenn man so sagen darf, hinter den Kulissen ab, bevor der Verein sich als eine rechtsfähige Körperschaft der Welt präsentirt hat, d. h. also vor der Eintragung in das Vereinsregister. Allerdings werden wohl selten Vereine, die unerlaubt sind, eine Anmeldung zum Vereinsregister vornehmen, um damit an die Öffentlichkeit zu treten und sich nun der Gefahr auszusetzen, nicht nur nicht durch den Einspruch an der Erlangung der Rechtsfähigkeit gehindert, sondern auch auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts aufgelöst zu werden. Die eigentliche Bedeutung des Einspruchs bei unerlaubten Vereinen liegt aber darin, dass der Regierung derjenige Einfluss auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit der Vereine erhalten bleiben sollte, den sie braucht, um unbequeme Vereine an der Erlangung der Rechtsfähigkeit zu hindern. Der Einfluss, der damit der Verwaltungsbehörde eingeräumt ist, ist in den verschiedenen Bundesstaaten ein ganz verschiedener, je nach der Strenge des betreffenden partikulären Vereinsrechts. Sehr gross ist er z. B. in Sachsen, wo auf Grund dieser Bestimmungen Einspruch gegen alle Vereine erhoben werden kann, die bezwecken Gesetzesübertretungen oder unsittliche Handlungen zu begehen, dazu aufzufordern oder dazu geneigt zu machen (Gesetz vom 22. Nov. 1850 § 20).

Das Einspruchsrecht ist ferner gegeben bei solchen Vereinen, die auch nur nach dem öffentlichen Vereinsrecht verboten

werden können. Nach den Protokollen (1. Bd., S. 562) ist diese Bestimmung aufgenommen, weil in manchen Vereinsrechten nur gesagt wird, dass Vereine unter bestimmten Voraussetzungen verboten werden können, ohne dass sie deshalb schlechthin als unerlaubte Vereine anzusehen sind. Würde die Verwaltungsbehörde nun nur bei unerlaubten Vereinen ein Einspruchsrecht haben, so müsste sie immer erst, um es auszuüben, den Verein thatsächlich verbieten und dadurch zu einem unerlaubten machen. Dieser Umweg soll der Verwaltungsbehörde erspart bleiben. Das liegt auch im Interesse der Vereine; denn wenn sie erst zu unerlaubten Vereinen erklärt werden müssten, so wären sie damit schlechthin auch auflösbar, während sie für den Fall, dass sie solche bleiben, die nur verboten werden können, immer noch erst thatsächlich verboten werden müssen, um unerlaubte zu sein. Ein Verbot würde sich ferner gegen den Bestand des Vereins überhaupt richten, während der Einspruch sich nur gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit richtet. Da sich verbietbare Vereine wohl kaum um die Erlangung der Rechtsfähigkeit bemühen werden, so wird auch diese Bestimmung ohne grosse praktische Bedeutung bleiben. Trotzdem ist der Verwaltungsbehörde damit ein sehr grosser Einfluss eingeräumt, der sich in den verschiedenen Bundesstaaten wieder verschieden gestaltet. Am weitesten geht er wohl in Baden, wo Vereine, die den Staatsgesetzen oder der Sittlichkeit zuwiderlaufen, welche den Staat oder die öffentliche Sicherheit gefährden, verboten werden können (Gesetz vom 21. Nov. 1867 § 4).

3. Das Einspruchsrecht bei Vereinen mit politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecken.

a. Im Allgemeinen.

§ 8.

Während das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde bei den unerlaubten und verbietbaren Vereinen nicht unbillig

erscheint, ist das Einspruchsrecht bei Vereinen mit politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecken heftig angegriffen worden. Ob mit Recht, das zu entscheiden ist hier nicht der Ort; denn es handelt sich dabei mehr um politische als juristische Betrachtungen.

Hier interessiert zunächst die Frage, ob die drei Begriffe: politisch, sozialpolitisch und religiös reichsrechtliche oder landesrechtliche Begriffe sind [33]). Ein Grund, die genannten Begriffe als landesrechtliche aufzufasssen, liegt aber durchaus nicht vor. Da diese Begriffe in einem Reichsgesetz enthalten sind, so sind es doch auch reichsrechtliche, es sei denn, dass das Gegenteil im Gesetz ausdrücklich gesagt wäre. Dies ist aber nicht geschehen. Wenn sich also in dem partikulären Vereinsrecht legale Definitionen von politisch, sozialpolitisch oder religiös finden, so sind diese Definitionen deshalb nicht massgebend. Sie sind es nur, soweit sie durch die Wissenschaft und durch die Praxis als reichsrechtlich massgebend anerkannt werden. Wollte man die landesrechtlichen Begriffe schlechthin für massgebend erklären, so würde man ein buntscheckiges Bild bekommen. Zwar wird thatsächlich zunächst wohl eine Anlehnung an die landesrechtlichen Begriffe stattfinden, weil das BGB. keine Definition giebt. Um so mehr müssen Wissenschaft und Praxis bemüht sein, die Begriffe politisch, sozialpolitisch und religiös zu fixieren und eine brauchbare Definition zu schaffen. Dabei darf es aber nicht verkannt werden, dass es theoretisch ungemein schwierig sein wird, eine allseitig befriedigende Interpretation, insbesondere des Begriffes sozialpolitisch, zu geben. Die Frage, was politisch und was sozialpolitisch sei, hängt so aufs engste mit den jeweiligen politischen Verhältnissen zusammen, dass sich die Beantwortung der Frage a priori für alle Zeit schwerlich geben lässt und sich vielmehr nach der augenblicklichen Lage wird richten müssen. Leider wird eine einheitliche Praxis besonders schwer zu erreichen sein, da es in Deutschland ein

33) Das letztere behauptet Endemann, S. 210 Anm. 7.

oberstes Reichsverwaltungsgericht, wie es in Österreich besteht, nicht giebt.

Aus der Gegenüberstellung der Vereine mit politischen, sozialpolitischen und religiösen Zwecken und der unerlaubten und verbietbaren Vereine im § 61 BGB. schliesst Riedel (S. 18), dass die Vereine mit politischen, sozialpolitischen und religiösen Zwecken im Sinne des BGB. jedenfalls erlaubte Vereine seien. Dies vermag ich nicht einzusehen. Richtig ist, dass die Vereine mit politischen, sozialpolitischen und religiösen Zwecken nicht unter die nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubten und verbietbaren Vereine fallen müssen; denn sonst wäre ihre ausdrückliche Hervorhebung überflüssig. Aber daraus kann man nicht per argumentum a contrario schliessen, dass sie nun von Reichswegen erlaubte Vereine seien. Dies geht deshalb nicht, weil diese Frage der Erlaubtheit noch nicht reichsgesetzlich geregelt ist. Deshalb fallen z. Zt. unter die unerlaubten Vereine nur solche, die nach Landesrecht unerlaubt sind. Man kann aber nicht daraus, dass bestimmte Vereine nach Landesrecht unerlaubt sind, schliessen, dass alle anderen Vereine nach Reichsrecht erlaubt seien. Ein solcher Schluss würde nur möglich sein, wenn man von reichsrechtlich unerlaubten Vereinen ausgehen könnte, so dass alle die Vereine, die nicht zu diesen gehören, reichsrechtlich erlaubt seien. Man kann nicht per argumentum a contrario eine Rechtsregel für Rechtsverhältnisse gewinnen wollen, auf die sich die Voraussetzungen der Hauptregel garnicht beziehen. Ferner stehen die Vereine mit politischen, sozialpolitischen und religiösen Zwecken auch garnicht im Gegensatz zu den unerlaubten Vereinen, sondern sie treten zu diesen ergänzend hinzu. Dabei wird die Frage nach ihrer Erlaubtheit resp. Unerlaubtheit garnicht berührt. Sie können zwar auch zu den unerlaubten Vereinen gehören, aber nur wenn sie auch durch Landesgesetz für unerlaubt erklärt sind.

b. Im Besonderen.

§ 9.

a) Vereine mit politischen Zwecken.

Die Vereine mit politischen Zwecken werden im Verhältnis zu den beiden andern Vereinsarten der Interpretation am wenigsten Schwierigkeiten bereiten. Der Begriff „politisch" ist allerdings sehr dehnbar. So sprach der Staatssekretär des Reichsjustizamts bei der Beratung im Reichstage von politischen Vereinen, zu denen im weitern Sinne auch die auf dem Gebiete der Religion, des Unterrichts und der Sozialpolitik wirkenden Organisationen gehörten (vergl. den Bericht der RTK. S. 12). Einen solchen weiten Sinn haben jedenfalls die politischen Zwecke im § 61 BGB. nicht, da die sozialpolitischen und religiösen Zwecke besonders hervorgehoben und die Unterrichtsvereine ausdrücklich im Laufe der Beratungen vom Einspruchsrechte der Verwaltungsbehörde befreit worden sind (vergl. unten S. 36). Nach einer Reichsgerichtsentscheidung, die den Begriff der „politischen" Angelegenheiten im Sinne der preussischen Verordnung vom 11. März 1850 definiert, ist unter „politisch" alles das zu verstehen, was sich auf die Verfassung, Verwaltung, Gesetzgebung des Staates, die staatsbürgerlichen Rechte der Unterthanen und die internationalen Beziehungen der Staaten zu einander bezieht.[34]) Nach einer andern Entscheidung des Reichsgerichts ist ferner nur das als „politisch" anzusehen, was unmittelbar als solches den Staat, seine Gesetzgebung oder Verwaltung berührt, seine Organe und Funktionen in Bewegung setzt.[35]) Auf dem Boden dieser Entscheidungen werden sich alle Definitionen zu bewegen haben. Wesentlich ist deshalb für einen Verein mit politischen Zwecken, dass er seine Thätigkeit nach aussen richte, um auf den Staat einzuwirken. Solange der Verein

34) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, 16. Bd., S. 384 ff.
35) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, 22. Bd., S. 340.

nicht mit politischen Tendenzen nach aussen auftritt, solange seine Thätigkeit sich nicht über den Kreis der Mitglieder in ihrem Einfluss erstrecken soll, ist er kein Verein mit politischem Zweck. Deshalb kann ein Verein, der sich die Belehrung seiner Mitglieder in der Politik zur Aufgabe macht, nicht hierher gerechnet werden. Es ist ein rein wissenschaftlicher Verein. Sobald ein solcher Verein dagegen mit diesen theoretischen Vorträgen auf den Staat einzuwirken bezweckt, verfolgt er einen politischen Zweck. Die Einwirkung auf den Staat braucht durchaus nicht immer eine praktische zu sein, sondern es genügt, wenn sie in rein theoretischer Weise erfolgt.[36])

Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich in concreto um einen dem Einspruch unterliegenden Verein mit politischen Zwecken handele, wird sich die Verwaltungsbehörde immer daran halten müssen, dass der betreffende Verein politische Zwecke „verfolgt". Dieser Ausdruck ist von der Gesetzgebungskommission[37]) im Interesse „thunlichster Bestimmtheit der Voraussetzungen des Einspruchsrechts" im Gegensatze zu der vorgeschlagenen Fassung: „politischen Zwecken dient" gewählt werden. Hölder (Archiv, S. 21) tadelt diese Fassung, durch die gerade das Gegenteil von dem bewirkt sei, was man habe erreichen wollen. „Verfolgen" sei in diesem Zusammenhang ein weiterer Begriff als „dienen". Diese Kritik ist teilweise berechtigt: Man wird nicht leugnen können, dass „dienen" hier ein viel prägnanterer Ausdruck und deshalb viel eher geeignet ist, eine Thätigkeit in ihrer charakteristischen Eigenart zu bezeichnen. Andererseits wird durch die Fassung „verfolgt" wieder besser die bewusste Thätigkeit und die Tendenz im Gegensatz zu einer „lediglich mit dem Vereinszweck im losen Zusammenhang stehenden blos zufälligen Nebenwirkung" ausgedrückt.

36) Im Sinne des Textes äussern sich über den Begriff „politisch" auch: Planck S. 109; Crome S. 239; Meisner S. 59; Bendix S. 63; Kuhlenbeck S. 199; Bornhak S. 42; Schepp S. 16; Riedel S. 21; Hölder S. 176; v. d. Pfordten S. 396.

37) Protokolle, 1. Bd., S. 563.

Ueberhaupt ging die Tendenz besonders bei der Beratung im Reichstage dahin, die Grenzen des Einspruchsrechts möglichst zu fixieren. So wurde die Fassung im § 55 der zweiten Lesung: „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt", die vom Bundesrat dahin geändert worden war, dass das Einspruchsrecht schon begründet sei, wenn der Verein einen „dem Gebiete der Politik, der Sozialpolitik, der Religion, der Erziehung oder des Unterrichts angehörenden" Zweck verfolge (Bundesratsvorlage § 58), vom Reichstage wieder hergestellt. Jedoch scheint mir durch die veränderte Fassung ein praktisches Ergebnis kaum gewonnen zu sein. Die Befürchtung, dass die Fassung: „dem Gebiete der Politik angehörend" zu weit sei, ist wohl kaum gerechtfertigt; denn ein Zweck, der zwar dem Gebiete der Politik angehört, aber trotzdem kein politischer ist, wird sich schwer konstruieren lassen. Hölder (S. 177) behauptet sogar, dass die frühere Fassung viel korrekter sei, da sie auch die „antistaatlichen, antisozialen und antireligiösen" Zwecke umfasse. Doch giebt er selbst zu, dass diese Zwecke auch unter die jetzige Fassung fallen, und man wird dem beistimmen müssen. Das entspricht jedenfalls dem Sinne des Gesetzes; denn dieses wird sich doch besonders gegen die gefährlichen Vereine richten und das sind doch die antistaatlichen in erster Linie. Es ist besonders auch auf diejenigen Vereine abgesehen, deren Agitation auf die „Beseitigung solcher internationaler Bestimmungen gerichtet ist, auf welchen der Bestand des Reichsgebiets und die Lage seiner Grenzen beruht".[38])

β) Vereine mit sozialpolitischen Zwecken.

Sehr viel schwieriger ist es dagegen, sich mit dem Begriffe „sozialpolitisch" abzufinden. Nach der Wortbildung ist jedenfalls klar, dass man es hier weder mit rein sozialen noch mit rein politischen Zwecken zu thun hat. Aber streitig ist es, ob die sozialpolitischen Zwecke eine besondere Art von

38) Vergl. die Erklärungen des Staatssekretärs im Bericht der RTK. S. 12.

politischen oder von sozialen Zwecken seien. Gegen das erstere wird geltend gemacht, dass dann die besondere Hervorhebung der sozialpolitischen Zwecke im Gesetze neben den politischen überflüssig sei. Dies wird besonders von Hölder (S. 177) hervorgehoben. Er sieht in den sozialpolitischen Zwecken eine besondere Art der sozialen. Sozial sei ein jeder Zweck, der sich auf „Zustände der Gesellschaft oder bestimmter Gesellschaftsgruppen" beziehe, und das besondere Kennzeichen der sozialpolitischen Zwecke liege darin, dass sie die Förderung solcher Interessen bezwecken wollten, die „bestimmten Gesellschaftsgruppen im Gegensatz zu anderen" eigen seien. Zu dieser Auffassung kommt Hölder durch die Annahme, dass Gegenstand der Politik nicht nur der Staat, sondern „jeder menschliche Zustand nach der Richtung seiner bewussten Änderung" sei. Diese Auffassung ist aber eine künstliche und durch die blosse Erwägung, dass der Gesetzgeber sich einer vielleicht überflüssigen Wiederholung im § 61 BGB. schuldig gemacht habe, keineswegs gerechtfertigte. Auch entspricht sie nicht dem Begriffe, den man allgemein mit „sozialpolitisch" verbindet.[39]) Die überwiegende Meinung in der Litteratur[40]) spricht sich denn auch dahin aus, dass ein sozialpolitischer Zweck eine besondere Art des politischen Zweckes sei. Wenn mit einem socialen Zwecke eine Einwirkung auf die wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse einzelner Berufsstände und Bevölkerungsklassen verfolgt werde, so bestehe die Eigenart des sozialpolitischen Zweckes darin, dass diese Einwirkung mit Hülfe der Machtmittel des Staates betrieben, dass auf die Hand-

39) Eine ähnliche Auffassung des Begriffes „sozialpolitisch" wie bei Hölder findet sich auch bei Enneccerus-Lehmann S. 82. — Gierke (Verh. des 23. Jur.-Tg. 2. Bd. S. 18) fasst den Begriff in derselben Bedeutung wie „sozial" auf. Diese letztere Ansicht erscheint gegenüber dem Gesetzestexte, der von „sozialpolitisch" und nicht von „sozial" spricht, jedenfalls nicht richtig.

40) Eck, Vorträge 1896, S. 17 und Vorträge 1898, S. 72; Crome S. 239; Leonhard S. 117; Fischer-Henle S. 20; Staudinger, Vereinsrecht, S. 67; Planck S. 109; Meisner S. 59; Bendix S. 63; Kuhlenbeck S. 199; Szkolny-Caro S. 74; Bornhak S. 42; Schepp S. 16; v. d. Pfordten S. 397; Gareis S. 57; (Letzterer allerdings nur mit der Einschränkung, dass der Staat sich mit Sozialpolitik beschäftigen müsse).

habung der sozialen Gesetzgebung eingewirkt werden solle. Dies ist jedenfalls die natürlichste Auslegung des Begriffes sozialpolitisch. Sie entspricht dem Gesetze und wird ausserdem durch die Protokolle (1. Bd., S. 563) gestützt: die Erwähnung der sozialpolitischen Zwecke neben den politischen sei eine „vielleicht nicht notwendige aber nach den Verhältnissen der Gegenwart zweckmässige Erläuterung“ der Bestimmungen.[41]) Bei dieser Interpretation steht allerdings nichts im Wege, die sozialpolitischen Zwecke auch als eine besondere Art der sozialen aufzufassen; denn die Vereine, um die es sich hier handelt, sind doch im Grunde genommen soziale Vereine.[42]) Sie erstreben soziale Zwecke, keine politischen. Nur suchen sie diese Zwecke in besonderer Art, nämlich nicht durch Selbsthülfe, sondern durch Vermittelung der Staatsgewalt zu verfolgen. Deshalb erscheint auch die besondere Hervorhebung der sozialpolitischen Zwecke neben den politischen immerhin gar nicht so überflüssig, wie dies behauptet wird. Wenn man in Erwägung zieht, dass es immer auf den eigentlichen unmittelbaren und nicht auf einen mit diesem „im losen Zusammenhang“ stehenden Zweck ankommt (s. oben S. 35), so wäre es sehr leicht möglich, dass manche Vereine, die jetzt dem Einspruch unterliegen, diesem entzogen würden, weil das politische Element bei ihnen hinter dem sozialen etwas zurücktritt und man deshalb von Vereinen mit politischen

41) Auch bei der Berathung im Reichstage ist diese Ansicht vertreten worden. Man sagte: wenn die sozialpolitischen Vereine die Verwirklichung ihrer sozialpolitischen Zwecke durch politische Machtmittel erreichen wollten, so seien sie unzweifelhaft als politische Vereine zu betrachten und unterlägen als solche der Sonderbestimmung des Gesetzes (Bericht der RTK S. 11 unter IV), und: eine staatsgefährliche oder den öffentlichen Frieden bedrohende Wirksamkeit der sozialpolitischen Vereine sei nur möglich, wenn sie in das Gebiet der eigentlichen Politik eingriffen und dann unterlägen sie den Bestimmungen über politische Vereine. (l. c. S. 16 unter IX.)

42) Zwar ist ein jeder Verein social, da er ein gesellschaftliches Zusammenleben einer Anzahl von Menschen zur Voraussetzung hat. Im Texte ist aber der Ausdruck social in einem prägnanteren Sinne gebraucht. Es sind darunter Vereine zu verstehen, deren eigentlicher Zweck es ist, sich mit den Missständen der jetzigen Zeit auf dem Gebiete des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenlebens der Menschen zu beschäftigen. Durch das Schlagwort „sociale Frage“ hat das Wort social einen prägnanteren Sinn bekommen.

Zwecken im Sinne des § 61 BGB. nicht sprechen zu können glaubt. Je mehr zwar der Staat den Grundsatz: „Laissez faire, laissez passer“ verwirft, je mehr er sich für soziale Aufgaben interessirt, also seine Politik zu einer Sozialpolitik wird, um so mehr nähern sich natürlich die Begriffe sozialpolitisch und politisch.

Der sozialpolitische Zweck kann sich in verschiedener Weise äusern: Der Verein kann eine Einwirkung auf den Staat hinsichtlich aller sozialen Missstände ohne Unterschied einzelner Gesellschaftsklassen (z. B. Übervölkerung) oder hinsichtlich der Missstände bestimmter Klassen (z. B. Kaufleute, Bauern etc). herbeiführen wollen, insbesondere also Sozialpolitik κατ' ἐξοχήν treiben, d. h. die Stellung des Staates zu den sozialen Schäden der Lohnarbeiter beeinflussen wollen. Alle diese Richtungen fallen unter den sozialpolitischen Zweck, sie können aber mehr oder minder staatsgefährlich erscheinen und demgemäss wird auch der Einspruch seitens der Verwaltungsbehörde strenger oder milder gehandhabt werden müssen. Welche Vereine mit sozialpolitischen Zwecken besonders getroffen werden sollen, ist unschwer zu erkennen. Die Bestimmung zielt vor allem gegen die Gewerk- und Fachvereine der Arbeiter, d. h. die dauernden Vereinigungen von Arbeitnehmern desselben Berufs zum Schutze und zur Förderung ihrer Rechte und Interessen als Berufsgenossen, insbesondere hinsichtlich der Arbeitsbedingungen. Diese Vereine, die anfänglich bei ihrer Begründung durch Schultze-Delitzsch (1868) nur ökonomische und soziale Tendenzen hatten, sind in neuerer Zeit immer mehr ausgesprochen sozialdemokratische Vereine geworden. Wenn auch die direkte politische Agitation principiell der sozialdemokratischen Partei im Reichstage überlassen ist und die Hauptaufgabe der Vereine in der Regelung der Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und der Organisation der Strikes besteht, so bezwecken sie doch meistens eine Einwirkung auf die soziale Gesetzgebung durch die Befürwortung staatlicher Arbeitsnachweise, Schieds-

gerichte und anderer staatlicher Schutzvorschriften. Deshalb fallen ihre Zwecke unter den Begriff der sozialpolitischen, indem diese Vereine gleichzeitig wirtschaftliche Interessen verfolgen und die Organe des Staates oder die Gesetzgebung in Bewegung setzen wollen. Sie bilden das typische Beispiel für die sozialpolitischen Zwecke. Neben den Gewerk- und Fachvereinen hat man von seiten der Regierung insbesondere die Vereine zur Beseitigung des Impfgesetzes und solche, die für die Anschauungen der kommunistischen Lehre Propaganda zu machen suchen, im Auge gehabt (vergl. die Erklärungen des Staatssekretärs im Bericht des RTK. S. 12). Daraus, dass das in der Bundesratsvorlage § 58 enthaltene Einspruchsrecht bei Vereinen zum Zwecke der Erziehung und des Unterrichts vom Reichstage wieder beseitigt worden ist,[43]) geht hervor, dass diese Vereine jetzt nicht unter dem Schleier der sozialpolitischen Vereine wieder in das Gesetz hineingebracht werden dürfen, es müsste denn sein, dass sie auch zugleich sozialpolitische Zwecke verfolgen. Die Gefahr liegt nahe, sind doch Vereine zum Zweck der „Beseitigung der gesetzlichen Grundlagen des Unterrichtswesens, insbesondere der Volksschule", unter den Feinden der Regierung ausdrücklich genannt worden (vergl. die Erklärungen des Staatssekretärs im Bericht der RTK. S. 12).

Was oben bei den politischen Vereinen von der Fassung: „politische Zwecke verfolgt" gesagt ist (oben S. 35), findet auch hier entsprechende Anwendung. Vereine, die lediglich die sozialen Interessen ihrer Mitglieder verfolgen, ohne dabei eine Einwirkung auf die Handhabung der sozialen Gesetzgebung seitens des Staates zu bezwecken, sind keine Vereine mit sozialpolitischen Zwecken im Sinne des § 61 BGB. Dahin gehören z. B. die vielen Arbeiterbildungsvereine, soweit sie sich lediglich die Ausbildung und Weiterbildung ihrer Mitglieder zum Ziele setzen; sowie die grossen Gruppen der wohlthätigen und der wissenschaftlichen Vereine. Dagegen würden zu den

43) Siehe oben S. 36.

Vereinen mit sozialpolitischen Zwecken der Bund der Landwirte, der für die Hebung der landwirtschaftlichen Interessen die Machtmittel des Staates in Anspruch nimmt, und ferner die Vereine gegen den Missbrauch geistiger Getränke, sofern sie für die Beschränkung der Schankkonzessionen, für die Errichtung von Trinkerasylen plaidieren und damit die staatliche Gesetzgebung beeinflussen, zu rechnen sein. Endlich führt Eck (Vorträge 1898, S. 73) noch Arbeitervereine zur Besserung ihrer Lage durch Errichtung von Staatswerkstätten, Frauenvereine, die für die Zulassung der Frauen zum Universitätsstudium und zum Staatsdienst eintreten, an.

γ) Vereine mit religiösen Zwecken.

Bei den Vereinen mit religiösen Zwecken ist zunächst daran zu erinnern, dass gemäss Art. 84 EGBGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen eine Religionsgesellschaft oder eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erhalten kann, bestehen bleiben. Ferner kommen hier natürlich ebenso wie bei den politischen und den sozialpolitischen Vereinen nur die privatrechtlichen Vereine in Betracht, nicht die öffentlich rechtlichen Korporationen, wie es z. B. die christlichen Kirchen in Deutschland und die zugelassenen geistlichen Orden sind.

Was den Begriff „religiös“ anbetrifft, so ist darunter alles zu verstehen, was sich auf die Religion, also auf das Abhängigkeitsgefühl des Menschen von einem höheren göttlichen Wesen, bezieht. v. d. Pfordten (S. 397) bestimmt die religiösen Vereine als diejenigen, die „das Glaubensleben, das metaphysische Bedürfnis des Menschen in irgend einer Weise auszubilden und zu pflegen bestimmt sind“. Diese Begriffsbestimmung ist zu eng; denn sie umfasst nicht die antireligiösen Vereine. Nach dem Sinne des Gesetzes sind diese doch am allerwenigsten hier ausgeschlossen; denn bei ihnen ist die Gefährlichkeit besonders evident. Aus den Erklärungen des Staatssekretärs des Reichsjustizamts bei den

Beratungen im Reichstage geht denn auch hervor, dass man gerade Vereine, die „die Organisation des Austritts aus der christlichen Kirchengemeinschaft oder die Verbreitung atheistischer Anschauungen“ bezwecken, speziell im Auge gehabt hat (Bericht der RTK. S. 12). Es ist auch bereits oben S. 36 auf diese Interpretation hingewiesen worden. Von den Vereinen mit politischen und sozialpolitischen Zwecken unterscheiden sich die Vereine mit religiösen Zwecken dadurch, dass bei ihnen eine Benutzung staatlicher Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke, überhaupt eine Einwirkung nach aussen, begrifflich nicht notwendig ist[44]). Ja, es genügt, dass die Mitglieder untereinander religiöse Zwecke verfolgen. Sehr häufig aber wird es der Zweck sein, für die Ausbreitung einer Religion zu arbeiten. Man denke nur an die zahlreichen Missionsvereine. Dabei braucht aber keine staatliche Hilfe in Anspruch genommen zu werden und von der evangelischen Mission wird dies auch im Gegensatz zu der katholischen grundsätzlich nicht gethan. Begrifflich widerstreitet es natürlich den religiösen Vereinen nicht, wenn zur Verbreitung irgendwelcher religiöser Anschauungen staatliche Machtmittel benutzt werden. Wir haben es dann mit religiöspolitischen Vereinen zu thun und diese fallen jedenfalls unter die dem Einspruch unterworfenen Vereine des § 61 des BGB. In diesem Punkte müssen sowohl diejenigen, die die sozialpolitischen Zwecke zu den politischen rechnen, als auch die, die in den sozialpolitischen Zwecken eine besondere Art der sozialen sehen, zu derselben Entscheidung kommen. Wenn sozialpolitisch unter politisch fällt, so fällt auch religiöspolitisch unter politisch und der Einspruch wäre möglich, weil der Verein politische, speziell religiöspolitische Zwecke verfolgt. Wenn man aber die sozialpolitischen Zwecke als eine besondere Art der sozialen auffasst, so muss man auch die religiöspolitischen als besondere Art der religiösen auffassen und eine besondere Hervorhebung der religiöspolitischen

44) Planck, S. 109.

Zwecke erübrigt sich hier, weil eben die Oberart, die religiösen Zwecke, schon zum Einspruch berechtigt, während die Oberart der sozialpolitischen Zwecke, die sozialen, nicht zum Einspruch berechtigt und deshalb eine besondere Hervorhebung der speziellen Art im Gesetz nötig war. Nur ist der Unterschied, dass in dem einen Falle der Einspruch wegen eines politischen, im andern Falle wegen eines religiösen Zwecks erhoben werden müsste.

Zu den religiösen Vereinen gehören also alle Religions- und geistlichen Gesellschaften, wie die Mennoniten, Baptisten, Pietisten, Darbysten, Herrnhuter, Methodisten, die katholischen Brüderschaften etc., soweit nicht zu ihrer Entstehung als rechtsfähige Körperschaft ein besonderes Gesetz partikularrechtlich notwendig ist (EGBGB. Art. 84). Es gehören ferner hierher die katholischen Gesellenvereine und deren Gegenstück, die evangelischen Jünglingsvereine; denn beide Arten verfolgen vornehmlich religiöse Zwecke. Im übrigen ist eine Gleichheit des Glaubensbekenntnisses bei allen Mitgliedern nicht unbedingtes Erfordernis zum Begriff eines religiösen Vereins. v. d. Pfordten (S. 397) macht mit Recht darauf aufmerksam, dass sich auch interkonfessionelle Vereine, die die Abhaltung religiöser Vorträge oder die Verbreitung religionsphilosophischer Schriften anstreben, bilden können und als Vereine mit religiösen Zwecken anzusehen sind. Aber der konfessionelle Charakter wird sehr häufig ein Kriterium für den religiösen Zweck abgeben, wie z. B. bei den oben erwähnten Gesellen- und Jünglingsvereinen. Immer aber muss man sich dessen bewusst bleiben, dass es sich um die Verfolgung religiöser Zwecke handelt[45]). Aus diesem Grunde glaube ich, dass man die katholischen sog. Vincenzvereine und Elisabethvereine zur Unterstützung und sittlichen Besserung der Armen, die evangelischen Magdalenenvereine und die katholischen Kongregationen der barmherzigen Schwestern vom guten Hirten zur sittlichen Hebung prosti-

45) Über die Bedeutung dieser Fassung siehe oben S. 35.

tuierter Mädchen nicht hierher rechnen kann, obgleich sie auf konfessioneller Grundlage beruhen. Aber ihr eigentlicher Zweck ist mehr ein sozialer als streng religiöser. Derselbe Gedanke ist auch bei den bereits zahlreich verbreiteten Vereinen für Feuerbestattung massgebend. In erster Linie sind es hier gesundheitliche Zwecke, die verfolgt werden. Es ist nur eine Nebenwirkung dieses Zweckes, wenn diese Vereine dadurch mit religiösen Anschauungen in Konflikt geraten. Dagegen kann man wohl sagen, dass diese Vereine unter Umständen sozialpolitische Zwecke verfolgen, sofern sie auf die staatliche Gesetzgebung in irgend einer Weise einzuwirken bezwecken.

III. Die Ausübung des Einspruchsrechts.

§ 10.

Die Verwaltungsbehörde ist nicht unbedingt verpflichtet, Einspruch unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu erheben, sondern das Gesetz sagt nur, dass sie dies thun „kann“. Damit ist ihr aber nach der Terminologie des BGB. kein rein fakultatives Recht gegeben, so dass die Erhebung des Einspruchs beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen dem gänzlich freien Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimgegeben wäre[46]). Vielmehr hat „kann“ in dieser Verbindung die Bedeutung, dass der Verwaltungsbehörde zwar nicht durch eine „Muss“-vorschrift die Hand ein für alle Male gebunden sein soll, dass sie aber verpflichtet ist, Einspruch zu erheben, wenn sie diesen nach pflichtgemässen Ermessen mit

46) Planck (S. 25): „Wird von einer Behörde gesagt, dass sie etwas thun „kann“, so wird dadurch nicht allein die rechtliche Möglichkeit dieses Thuns bestimmt, sondern zugleich ausgedrückt, dass die Behörde dasjenige, was sie thun „kann“, auch zu thun hat, wenn nach ihrem pflichtgemässen Ermessen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen sie nach der Absicht des Gesetzes oder nach den für die Behörde geltenden besonderen Vorschriften von der Gestattung des Thuns Gebrauch machen soll“.

ihrer eigenen Verantwortlichkeit für vereinbar und für das Wohl des Staates förderlich hält.

Die Bedeutung dieses „kann“ ist aber bei den unerlaubten Vereinen eine ganz andere, als bei den Vereinen mit politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecken. Da ein unerlaubter Verein auch keine Rechtsfähigkeit erlangen kann, so kann die Verwaltungsbehörde, wenn sie pflichtgemäss festgestellt hat, dass der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt ist, nicht die Wahl haben, ob sie Einspruch erheben oder den Verein passieren lassen solle, sondern die Prüfung der Verwaltungsbehörde kann sich nur darauf beziehen, ob nur Einspruch gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit zu erheben oder ob radikaler vorzugehen und der Verein ganz aufzulösen sei. In dem letzteren Falle wird natürlich dem Sinne nach auch Einspruch gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit erhoben. Ganz andere Bedeutung hat aber die Befugnis der Verwaltungsbehörde bei den Vereinen mit politischen, sozialpolitischen und religiösen Zwecken. Ist die Verwaltungsbehörde hier zu dem Resultat gekommen, dass der Verein im Sinne des Gesetzes als politischer, sozialpolitischer oder religiöser anzusehen sei, so hat sie es damit durchaus noch nicht mit einem unerlaubten Verein zu thun, der entweder aufzulösen oder doch wenigstens an der Erlangung der Rechtsfähigkeit zu hindern wäre, sondern es handelt sich jetzt darum, pflichtgemäss zu entscheiden, ob es zweckmässig sei, den Verein in concreto rechtsfähig werden zu lassen oder nicht. Hier wäre eine zwingende Vorschrift für die Verwaltungsbehörde schlechterdings unmöglich; denn die Begriffe politisch, sozialpolitisch und religiös sind sehr weit und bergen sowohl gute als auch schlechte Elemente in sich. Hier liegt die Hauptaufgabe der Verwaltungsbehörde und der Kernpunkt des ganzen Einspruchsrechts. In welcher Weise die Verwaltungsbehörde von dieser Befugnis Gebrauch machen wird, davon wird die mehr oder minder einschneidende Bedeutung des Einspruchsrechts abhängen. Der Verwaltungsbehörde ist hier ein zweischneidiges

Schwert in die Hand gedrückt. Sie kann durch Übertreibung des Einspruchsrechts auf eine gesunde Entwickelung des Vereinsrechts auf der Grundlage des BGB. äusserst schädigend einwirken und andererseits ist ihr hier eine grosse Last von Verantwortlichkeit aufgebürdet, durch die sie leicht zu einer „übergrossen Ängstlichkeit“ gedrängt werden kann. Diese prekäre Stellung der Verwaltungsbehörde verdient gegenüber den Angriffen, denen sie unausbleiblich bei der Ausübung des Einspruchsrechts ausgesetzt werden wird, besonders hervorgehoben zu werden. Es gilt hier die goldene Mittelstrasse zu finden und das Vertrauen zu der richtigen Einsicht unserer Verwaltungsbehörden allein kann uns die Hoffnung auf eine günstige Gestaltung des Vereinswesens geben.

Bei den Vereinen, die nach dem öffentlichen Vereinsrecht nur verboten werden können, ist ein fakultatives Einspruchsrecht schon durch den fakultativen Charakter des landesrechtlichen Verbots bedingt. Ein obligatorisches Einspruchsrecht würde hier mit dem Landesrecht unvereinbar sein. Die Verwaltungsbehörde hat hier aber eine dreifache Möglichkeit: Sie kann den Verein passieren lassen, sie kann Einspruch gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit erheben, sie kann aber auch den Verein verbieten und ihn dadurch in seiner Existenz vernichten,

Bei der Ausübung ihres Einspruchsrechts hat sich die Verwaltungsbehörde ausschliesslich an den in der Satzung des Vereins (BGB. §§ 57 und 59) bezeichneten Zweck zu halten. In der Litteratur[47]) besteht jedoch in dieser Beziehung keine Einigkeit. Es ist schon früher (S. 18) darauf hingewiesen worden, dass die Angabe des Zweckes in der Satzung ein essentielles Erfordernis ihrer Gültigkeit sei. Daraus geht doch hervor, dass die Angabe dieses Zweckes eine entschei-

47) Dafür, dass nur der statutenmässige Zweck in Frage komme, sprechen sich die Protokolle aus (I. Bd., S. 563); der Bericht der RTK. (S. 9 unter II) und Endemann S. 210 Anm. 7. Dagegen sind: Hölder S. 176; Staudinger, Vorträge S. 130; Fischer-Henle S. 28; Gareis S. 72.

dende Bedeutung nicht nur für die Frage, ob der Verein einen wirtschaftlichen Zweck verfolge, sondern auch für die Frage, ob der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolge, hat. Wozu dieses Erfordernis, wenn der Verein nicht gerade in der Satzung Farbe bekennen soll? Es erscheint auch nicht gerechtfertigt, bei den Vereinen dadurch, dass man die Angabe des Zweckes in der Satzung für wesentlich erklärt, den Glauben zu erwecken, als ob dieser Zweck nun auch der Beurteilung zu Grunde gelegt werde, um nachher mit Gründen, zu denen der angegebene Zweck absolut keinen Anlass giebt, den Einspruch zu rechtfertigen. Dieser Gedanke wird auch noch durch § 43 Abs. 3 BGB. gestützt. Nach ihm kann dem Verein die Rechtsfähigkeit nachträglich entzogen werden, wenn er nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht gehabt hat, aber nachher einen solchen verfolgt. Darin liegt ein indirektes Zwangsmittel für die Vereine, in der Satzung Farbe zu bekennen, weil diese eben massgebend sein soll, und andererseits auch der Gedanke, dass die Verwaltungsbehörde ein Mittel haben muss, nachträglich die Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen, wenn sie nur nach der Satzung urteilen darf, ob ein politischer, sozialpolitischer oder religiöser Zweck vorliegt, und diese Satzung einen andern Zweck vorspiegelt. Endlich kommt noch hinzu, dass die Verwaltungsbehörde bei solchen Vereinen, die bisher als „nicht eingetragene“ Vereine noch nicht bestanden haben, auch thatsächlich nach nichts anderem wird urteilen können, als nach der Satzung, und dies werden die meisten Fälle sein. Selbst wenn schon aus der bisherigen Thätigkeit des Vereins auf seinen Charakter geschlossen werden könnte, so kommt es doch nicht darauf an, welchen Zweck der Verein „verfolgt“, sondern darauf, welchen Zweck er als rechtsfähiger Verein „verfolgen wird“ [48]); denn der Einspruch richtet sich ja nicht gegen die Thätigkeit des

48) Insofern ist die Ausdrucksweise des Gesetzes eigentlich nicht ganz genau.

Vereins überhaupt, sondern nur gegen seine Thätigkeit als rechtsfähiger Verein. Dies geht daraus hervor, dass der Einspruch sich nur gegen die Erlangung der Rechtsfähigkeit wendet und nicht gegen den Bestand des Vereins. Mit den bisherigen Ausführungen soll aber nicht gesagt sein, dass der Text der Satzungen einzig und allein bei der Handhabung des Einspruchsrechts massgebend sei, sondern nur für die Frage, ob der Zweck ein politischer, sozialpolitischer oder religiöser sei, nicht aber für die Frage, ob nach der Feststellung eines politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweckes auch die Erhebung des Einspruchs zweckmässig sei. Bei der Beurteilung dieser Frage, ob es in concreto wegen der Gefährlichkeit des betreffenden Vereins angebracht sei, Einspruch zu erheben, kann natürlich auch auf Gründe zurückgegangen werden, die aus dem in der Satzung deklarierten Zwecke nicht hervorgehen, z. B. auf die Persönlichkeit des Vorstandes oder der Vereinsmitglieder, das etwaige bisherige Wirken des Vereins etc. Selbstverständlich ist auch, dass sich die Verwaltungsbehörde bei der Prüfung nicht streng an den Wortlaut der Satzung zu halten braucht. Kaum wird eine Satzung sagen, dass der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolge, sondern es wird immer der Zweck spezifiziert sein und es unterliegt dann der Kognition der Verwaltungsbehörde, ob der in der Satzung spezifizierte Zweck in erster Linie als ein politischer, sozialpolitischer oder religiöser und im Bejahungsfalle als ein solcher zu erachten sei, der wegen seiner Gefährlichkeit den Einspruch für angezeigt erscheinen lässt.

C.

Die Anfechtung des Einspruchsrechts.

§ 11.

Nach § 62 BGB. kann der Verein den Einspruch der Verwaltungsbehörde im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens oder in denjenigen Bundesstaaten, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses nach Massgabe der §§ 20/1 der Reichsgewerbeordnung anfechten. In diesem Verfahren kann zwar der Verein nicht selbst als Partei auftreten, da er noch keine Rechtssubjektivität hat, aber wohl die Gesamtheit der Vereinsmitglieder, die sich durch den Vorstand vertreten lassen können. Damit der Verein seine Anfechtung begründen und gehörig durchführen könne, wird die Verwaltungsbehörde ihrerseits ihren Einspruch mit Gründen versehen müssen.

Die Anfechtung seitens des Vereins kann nach drei Richtungen hin begründet werden, nämlich 1) dadurch, dass die von der Verwaltungsbehörde angenommenen und dem Einspruche zu grunde gelegten thatsächlichen Verhältnisse unrichtig seien (error facti); 2) dass zwar die thatsächlichen Voraussetzungen richtig seien, dass aber aus diesen nicht auf die Qualifikation des Zweckes als eines politischen oder sozialpolitischen oder religiösen zu schliessen sei (error juris) oder 3) dass zwar die thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen richtig seien, dass es aber unzweckmässig sei, in concreto Einspruch zu erheben. Es besteht nun in der Litteratur kein Zweifel darüber, dass der Einspruch mit den unter 1) und 2) benannten Gründen angefochten werden könne, aber bestritten ist es, ob auch der dritte Grund mit rechtlicher Relevanz geltend gemacht werden könne. Von der überwiegenden Mehrheit wird dies verneint, indem man

der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Befugnis, über Fragen der Zweckmässigkeit zu richten, bestreitet[49]). Leider wird aber dieser negative Bescheid nicht näher begründet. Man scheint sich dabei vielmehr auf einen Beschluss der Kommission für die zweite Lesung des BGB. zu stützen. Dieser Beschluss wurde durch die Kontroverse, die sich auf dem 23. Deutschen Juristentage 1895 in Bremen im Anschluss an das Gutachten von Professor Leonhard über das Thema: „Sind die Grundsätze des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs zweiter Lesung über eingetragene Vereine zu billigen?“ an diese Frage knüpfte, hervorgerufen. Nachdem sich bei dieser Gelegenheit Gierke (Verhandlungen des 23. Jur. Tg., 2 Bd., S. 18) und vor allem Enneccerus (l. c. S. 55) gegen die Prüfung der Zweckmässigkeit ausgesprochen hatten, wurde von seiten eines Mitgliedes der Kommission, des Justizrats Wilke, ausdrücklich betont (l. c. S. 57), dass es sich lediglich um ein „formelles“ Anfechtungrecht handele. Diese Ansicht der Kommission ist daraufhin in den Protokollen offiziell festgestellt (6. Bd. S. 144)[50]). Man hat zwar auf jenem Juristentage auch nicht mit der entgegengesetzten Ansicht zurückgehalten[51]), aber gegenüber dem Kommissionsbeschluss sind die gegnerischen Stimmen verstummt. Auch heute ist die Schaar derer, die sich für eine Prüfung der Zweckmässigkeit aussprechen, äusserst gering[52]).

49) Vergl. Cosack S. 100; Zeller, Archiv für öffentliches Recht, S. 262; Rehbein S. 41; Hölder S. 179; Planck S. 109; Eck, Vorträge 1896, S. 12; Schepp S. 17; Enneccerus-Lehmann S. 83; Zeller, Verwaltungsarchiv S. 46; Crome S. 239.

50) „Die Anfechtung des Einspruchs der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung könne nur darauf gestützt werden, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen, unter denen die Verwaltungsbehörde zum Einspruche berechtigt ist“.

51) Vergl. die Äusserungen des Justizrats Levy (Verh. des 23. Jur.-Tg., 2. Bd. S. 35 und des Justizrats Lesse (l. c. S. 38).

52) Für die Prüfung der Zweckmässigkeit sprechen sich bestimmt aus: Szkolny-Caro S. 75; unbestimmt: Matthiass S. 98; Eck, Vorträge 1898, S. 75; Staudinger, Vereinsrecht S. 70 und Vorträge S. 135. Hachenburg (S. 220) endlich will sie zulassen bei unerlaubten und verbietbaren Vereinen.

Das freie Ermessen, das hier in Betracht kommt, ist nicht zu verwechseln mit dem freien Ermessen, wie es der Richter bei der Anwendung des Gesetzes auf einen gegebenen Thatbestand anzuwenden hat, jenes sog. freie richterliche Ermessen, wie es jetzt durch das BGB. besonders wieder in den Vordergrund gerückt ist. Dieses richterliche Ermessen ist ein Ersatz für die natürliche Lückenhaftigkeit des Gesetzes. Weil das Gesetz nicht jeden thatsächlichen Umstand berücksichtigen kann, muss es dem Richter einen gewissen Spielraum bei seiner Entscheidung lassen. Das richterliche Ermessen ist nur ein Lückenbüsser des Gesetzes, es sekundirt ihm; es hat sich deshalb auch nach ihm zu richten und sich in seinem Rahmen zu halten. Es ist deshalb auch in Wirklichkeit kein „freies“ Ermessen, wie Otto Mayer (S. 165) richtig ausführt, sondern ein „gebundenes“; denn mit diesem Ermessen soll nur gefunden werden, was der „wohlverstandene Wille des Gesetzes für diesen Fall und demnach der Inhalt des subjektiven Rechts schon ist“.

Ganz anderen Charakter hat jenes freie Ermessen, mit dem wir es hier im Verwaltungsrechte zu thun haben und das deshalb auch „verwaltungstechnisches“ Ermessen genannt werden kann. Bei ihm handelt es sich keineswegs um eine Ergänzung des Gesetzes, die von diesem selbst zu seiner Unterstützung herangezogen würde, im Gegenteil: Hier urteilt die Verwaltungsbehörde nicht deshalb nach freiem Ermessen, weil eine kasuistische Gesetzesregelung nicht möglich ist, sondern hier ist absichtlich die gesetzliche Regelung ausgeschlossen und dem freien Ermessen der Sieg zuerkannt. In dem freien Ermessen wird hier nicht im Bunde mit dem Gesetze ausgesprochen, was schon Rechtens ist, sondern es soll im Gegensatze zum Gesetze der Behörde bei ihrer Entscheidung, was Rechtens sein soll, ein freier Spielraum gelassen werden.

Die Freiheit dieses Ermessens ist allerdings cum grano salis zu verstehen, sie ist nicht identisch mit reiner Willkür. Sie findet ihre natürliche Schranke in dem Zwecke der Institution, von der sie ausgeübt wird, also in dem Zwecke der Verwaltungs-

behörden; denn diese sind Organe des Staates und zur Erfüllung seiner Zwecke geschaffen. Sie haben deshalb bei ihren Handlungen überall unter gewissenhafter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen zu handeln. Das ist selbstverständlich und braucht nicht besonders gesetzlich fixiert zu werden: salus rei publicae suprema lex! Ausserdem kann die Verwaltungsbehörde bei der Ausübung des freien Ermessens durch Dienstvorschriften gebunden sein, doch betreffen diese nur das innere Verhältnis der Verwaltungsbehörde zu ihrer vorgesetzten Behörde und kommen deshalb hier nicht in Betracht[53]).

Nach der in der verwaltungsrechtlichen Litteratur überwiegend vertretenen Ansicht ist nun für die Verwaltungsgerichtsbarkeit da kein Raum gegeben, wo lediglich Zweckmässigkeitsfragen zu prüfen sind. Hier sei eine Nachprüfung nur möglich im Wege der Beschwerde, des sog. Beschlussverfahrens. Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit dagegen sei erst da möglich, wo die Thätigkeit der Verwaltungsbehörde durch gesetzliche Regeln normiert werde; denn der Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei die Aufrechterhaltung des objektiven Rechts auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts und der Schutz der subjektiven öffentlichen Rechte[54]). Im Prinzip ist diese Ansicht unzweifelhaft richtig. Die Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist Rechtsprechung ebenso gut wie die Ausübung der Civil- und Strafgerichtsbarkeit. Dass sie Rechtsprechung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts ist, unterscheidet sie ebensowenig von der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Civil- und Strafrechts, wie die Rechtsprechung auf diesen beiden Gebieten begrifflich verschieden ist. Die Jurisdiktion der Verwaltungsgerichte unterscheidet sich also nicht materiell von der der Civil- und Strafgerichte, sondern nur formell, d. h. durch die verschiedenen Organe, durch die diese und jene ausgeübt werden. Aus dem Begriffe des Wortes Rechtsprechung folgt aber, dass sie nur da gesprochen werden

53) Im Texte bin ich hauptsächlich den treffenden Ausführungen von Otto Mayer (S. 165) gefolgt.

54) Diesen Standpunkt theilen: G. Meyer S. 37, v. Stengel S. 218/9, Loening S. 801.

kann, wo Recht, d. h. objektives Recht, also Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht ist. Wo „Recht“ in diesem Sinne ist, ist aber keine Zweckmässigkeit, beide schliessen sich gegenseitig aus. Aber Theorie und Praxis bekämpfen sich in der Jurisprudenz oft aufs heftigste. Trotzig bekümmert sich der Gesetzgeber nicht um die von der Wissenschaft aufgestellten Grundsätze und verleugnet aus Zweckmässigkeitsrücksichten die leitenden Prinzipien [55]). So hat denn auch der Gesetzgeber das einfache und klare Prinzip, dass Rechtsprechung nur möglich ist, wo Recht ist, durchbrochen und zwar hauptsächlich in Preussen [56]). Es ist deshalb bei der Beantwortung der Frage, ob im § 62 BGB. die Zweckmässigkeit des Einspruchs zu prüfen sei oder nicht, nicht die Möglichkeit der Nachprüfung als begriffswidrig kurzer Hand zurückzuweisen, sondern vielmehr in erster Linie aus dem Gesetz zu argumentieren.

Wie erwähnt, giebt das BGB. keine ausdrückliche Bestimmung. Es statuirt lediglich im § 62 Abs. II die Anfechtbarkeit des Einspruchs im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens. Bedeutet das nun, dass der Einspruch in seinem vollen Umfange, also auch die Zweckmässigkeit, zu prüfen sei oder dass das letztere ausgeschlossen oder dass etwa endlich die Entscheidung der Frage dem Landesrecht überlassen sein solle? Das Letztere ist jedenfalls zu verneinen; denn das BGB. kann die Anfechtbarkeit des Einspruchs bei den Verwaltungsgerichten nicht für das Reich statuieren, weil es nicht in allen Bundesstaaten Verwaltungsgerichte giebt, sondern nur für die Landesverwaltungsgerichte, soweit solche existieren. Nur für diese gilt deshalb die materiell landesrechtliche Bestimmung des BGB.: „Der Einspruch kann im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens angefochten

55) Ein ausschliesslich theoretisch abgefasstes Gesetzbuch, wie Thibaut und die naturrechtliche Schule es schaffen wollten, ist ja auch ein Unding. Savigny hat uns davor bewahrt.

56) Vergl. die Angaben bei Otto Mayer S. 168 Note 14: Preuss. Zuständigkeitsgesetz vom 1. Aug. 1883 §§ 47, 56, 57, 66, 67 und 114. Auch in der französischen Gesetzgebung finden sich Verletzungen des Prinzips: code forestier Art. 90.

werden". Dem Landesrecht ist deshalb die Regelung der Frage nicht überlassen und es handelt sich um die Auslegung einer nur formell reichsrechtlichen Bestimmung. Bei dieser Interpretation muss man von zwei Gesichtspunkten ausgehen: entweder ist die Zweckmässigkeit prinzipiell zu prüfen, soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt, oder die Zweckmässigkeit ist prinzipiell nicht zu prüfen, vielmehr nur da, wo das Gesetz es ausdrücklich verlangt. Hier, wo uns der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Bestimmung im Stiche lässt, zeigt uns die Wissenschaft den richtigen Weg und liefert uns die richtige Entscheidung, dass das letztere Prinzip das richtige ist. Wir hätten es also mit einer sog. „beschränkten" Verwaltungsgerichtsbarkeit zu thun (vergl. Otto Mayer, S. 188).

Dieses Resultat, dass die Zweckmässigkeit des Einspruchs von der Verwaltungsbehörde nicht zu prüfen sei, ergiebt sich zweifellos für die in Frage kommende Entscheidung. Es scheint mir aber in dieser Form nicht richtig zu sein. Wir sind bisher immer davon ausgegangen, dass die Verwaltungsbehörde nach Zweckmässigkeit zu entscheiden habe, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch zum Teil. Dies bedarf einer näheren Prüfung. Nach Zweckmässigkeitsrücksichten kann eine Verwaltungsbehörde nur entscheiden, wenn ihre Entscheidung nicht ausschliesslich durch gesetzliche Regeln bestimmt, sondern auch dem freien Ermessen ein gewisser Spielraum gelassen ist. Es fragt sich nun, ob ein jeder Verwaltungsakt wenigstens zum Teil auf freiem Ermessen beruhe, dieses somit zum Begriff der Verwaltung gehöre. Otto Mayer scheidet z. B. die Verwaltungsakte in Entscheidungen und Verfügungen. Die ersteren seien die „Rechtsprechungsakte", die letzteren die „Akte des freien Ermessens" (S. 165). Aber die Rechtsprechungsakte können hier nicht in Betracht kommen; denn wenn auch diejenigen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts gemeint sind, so sind diese doch Rechtsprechung und nicht Verwaltung (vergl. oben S. 52). Es bleiben also die Verfügungen als Akte des freien Ermessens allein übrig, ohne dass bei ihnen

das freie Ermessen ausschliesslich massgebend zu sein braucht[57]). Dies ist nicht richtig und liegt nicht im Begriffe der Verwaltung; denn im § 1 (S. 10) ist dargelegt, dass die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Verwaltung ist und von einem freien verwaltungstechnischen Ermessen kann bei der Thätigkeit des Registerrichters nicht die Rede sein. Richtiger ist deshalb die Ansicht Georg Meyers (S. 27), dass die Verwaltungsakte entweder Vollziehung gesetzlicher Vorschriften oder Vornahme nach freiem Ermessen seien und das Gesetz in dem einen Falle den Bestimmungsgrund, in dem anderen Falle die gesetzliche Schranke bilde, insofern als die Vollziehung gesetzlicher Vorschriften nicht immer Entscheidungen zu sein brauchen.

Im § 62 BGB. ist die Anwendung dieser Grundsätze insofern erschwert, als die Ausübung des Einspruchs anscheinend weder dem gänzlich freien Ermessen der Verwaltungsbehörde unterliegt, noch in ihrem ganzen Umfange an gesetzliche Regeln gebunden ist; denn die Verwaltungsbehörde darf zwar nur bei bestimmten Kategorieen von Vereinen ihr Einspruchsrecht ausüben, aber ob sie es in concreto thun wolle, scheint wieder nach Zweckmässigkeitsgründen entschieden werden zu müssen. Bei genauerer Betrachtung erscheint jedoch der Gedanke des Gesetzes als ein anderer. Es ist bereits oben S. 45 darauf hingewiesen worden, dass der Ausdruck „kann“ im § 61 BGB. kein rein fakultatives Recht gebe, sondern dass die Verwaltungsbehörde verpflichtet sein solle, unter gewissen Umständen Einspruch zu erheben. Es ist hier der Verwaltungsbehörde nicht allein ein Recht, sondern auch eine Pflicht durch das Gesetz gegeben. Dies scheint m. E. von besonderer Bedeutung zu sein. Aber gerade jene gewissen Umstände — so wird man einwenden — bestimmen sich nach freiem verwaltungstechnischen Ermessen! Ich glaube das nicht. Wann die Verwaltungsbehörde zum Einspruch gesetzlich verpflichtet ist, ergiebt sich einerseits aus dem Grundgedanken des Gesetzes

57) Gemeint ist das sog. verwaltungstechnische Ermessen, dessen Begriff S. 51. erörtert ist.

und andererseits aus dem Grundgedanken der Institution einer Verwaltungsbehörde. Die Rechtsfähigkeit steht grundsätzlich allen Vereinen mit idealen Zwecken bei Erfüllung gesetzlicher Normativbestimmungen offen. Dass die nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubten Vereine immer und die verbietbaren Vereine wenigstens grundsätzlich davon ausgeschlossen sein sollen, ist selbstverständlich. Alle anderen Vereine sind grundsätzlich zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zuzulassen. Da aber unter den politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen häufig solche gefunden werden, die dem öffentlichen Wohle gefährlich werden könnten, so ist der Verwaltung bei diesen Kategorieen von Vereinen eine besondere Kontrole durch das Einspruchsrecht zugesichert[58]). Kommt ein solcher gefährlicher politischer, sozialpolitischer oder religiöser Verein vor das Forum der Verwaltungsbehörde, so ist sie gesetzlich verpflichtet, Einspruch zu erheben. Dasselbe ergiebt sich aus dem Grundgedanken der Institution einer Verwaltungsbehörde, wie er oben S. 51 schon erörtert ist. Die Verwaltungsbehörde dient dem öffentlichen Interesse. Dieses hat sie zu wahren und demgemäss überall Einspruch zu erheben, wo die Tendenzen eines Vereins den öffentlichen Interessen zuwiderlaufen, der Verein also dem Staate gefährlich ist. Die Verwaltungsbehörde kann auch durch allgemeine oder besondere Dienstvorschriften in ihrer Verfügung gebunden sein. Eine solche Bindung kommt hier aber nicht in Betracht; denn sie ist keine gesetzliche und trifft nur das innere Verhältnis der Verwaltungsbehörde zum Staat, nicht das äussere Verhältnis

58) In diesen Sinne äusserte sich auch auf dem 23. Jur.-Tg. der Justizrath Levy: da der Entwurf den politischen und religiösen Vereinen den Erwerb der Rechtsfähigkeit auf dem allgemeinen zugänglichen Wege nicht verschlossen habe, so könne er den Einspruch der Verwaltungsbehörde nur für solche Fälle vorgesehen haben, in denen aus dem Erwerbe der Rechtsfähigkeit durch den Verein eine Besorgnis für das Gemeinwohl, für die öffentliche Ordnung, sei es auch nur für das Wohl einzelner Gesellschaftsklassen herzuleiten sei (Verh. des 23. deutschen Jur.-Tg., 2. Bd. S. 35). Dieser Gedanke ist auch — eigentlich in überflüssiger Weise — in den beiden mecklenburgischen (M.-Schwerin u. Strelitz) Gesetzen betreffend das Verfahren in Vereinssachen vom 9. April 1899 § 9 zum Ausdruck gekommen.

der Verwaltungsbehörde zu den Staatsangehörigen und nur das letztere ist hier von Bedeutung.

Der § 61 Abs. 2 BGB. hat also den Sinn: die Verwaltungsbehörde ist verpflichtet, gegen die Eintragung solcher Vereine, die nach dem öffentlichen Vereinsrechte unerlaubte oder verbietbare sind, oder die einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen, Einspruch zu erheben, wenn diese Vereine den Staatszweck gefährden und der Einspruch im öffentlichen Interesse liegt.

Es ist klar, dass hier von einem verwaltungstechnischen Ermessen keine Rede sein kann, dies ist durch das Gesetz vollkommen ausgeschlossen. Die Begriffe „Staatszweck gefährden“ und „öffentliches Interesse“ sind zwar sehr weit und dehnbar, aber das hat seinen Grund in der Mangelhaftigkeit des Gesetzesapparats, der nicht in kasuistischer Weise alle Vereine, die eventuell in Betracht kommen könnten, markieren kann. Bei der Mannigfaltigkeit der Vereinsbildung wäre das ganz unmöglich. Wir haben es hier also mit keinem andern freien Ermessen thun, als mit dem sog. richterlichen freien Ermessen, das wir überall im Privatrecht finden, wenn z. B. der Gesetzgeber aus „wichtigen“ Gründen eine Kündigung für angemessen hält, weil es seine Kraft übersteigt, alle diese wichtigen Fälle im Einzelnen aufzuzählen.

Das Resultat dieser Untersuchung deckt sich materiell fast mit dem auf S. 54 gewonnenen, aber mit dem erheblichen Unterschiede, dass das Verwaltungsgericht dort die Zweckmässigkeit nicht zu prüfen hat, weil dies der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerstreiten würde, und hier, weil überhaupt eine Zweckmässigkeit dieser Art garnicht in Betracht kommt[59]).

59) Ich habe absichtlich, um zu diesem Resultate zu kommen, den Umweg gemacht und zuerst das Vorliegen eines verwaltungstechnischen Ermessens fingiert. Im Interesse der Klarheit dieser äusserst schwierigen und bestrittenen Fragen erschien mir dies zweckmässig. Überhaupt soll im § 11 des Textes nur ein Hinweis auf die m. E. in Betracht kommenden Fragen, keine Lösung derselben gegeben werden. Diese überlasse ich Berufeneren und bin zufrieden, wenn diese Ausführungen eine Anregung zur weiteren Forschung geben.

Das sog. richterliche Ermessen, das hier von der Verwaltungsbehörde zu üben ist, unterliegt natürlich der Kognition des Verwaltungsgerichts gerade so wie dies im Privatrecht der Fall ist. Es ist damit der verwaltungsgerichtlichen Thätigkeit auf dem Gebiete des Vereinsrechts eine Mitwirkung von weittragender Bedeutung gegeben und der Wunsch, dass diese Thätigkeit sich zu einer ebenso segensreichen gestalte, wie die des preussischen Oberverwaltungsgerichts während seines nunmehr fünfundzwanzigjährigen Bestehens möge den Schluss dieser Abhandlung bilden!